Die Enttäuschung

Untersuchungen zu der Frage der sogenannten Geschäftsgrundlage

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Alexander Meyer
Referendar in Stuttgart

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1929

Referent: Professor Dr. Stoll

Inhalt.

Seite

Problem und Aufgabe 1

A. Versuch der Aufstellung eines idealen Systems von Rechtssätzen.

I. Die zwei Grundtypen getäuschter Erwartung und erster Rechtssatz 3
II. 1. Der zweite Rechtssatz und daraus abgeleitetes System zur Sanierung eines wegen beachtlicher Enttäuschung heilungsbedürftigen Vertrages 5
2. Erläuterung durch Beispiele 9
3. Weitere Ausführung: möglicherweise ist schon die Gefahr einer Enttäuschung beachtlich 12
III. 1. Der Rechtsgrund der Beachtung einer Enttäuschung 13
2. Die Rechtsnatur der Ausgleichsrechte und die Art ihrer Geltendmachung im einzelnen 14
3. Die Abwicklungspflichten nach dem Rücktritt 16
4. Ersatz des Vertrauensinteresses nach dem Rücktritt? culpa in contrahendo 17
IV. Verlust und Untergang der zunächst durch beachtliche Enttäuschung gegebenen Gestaltungsrechte.
1. Einfluß von Kennen, Kennenmüssen und späterem Bemerken von Überopfern und Mindernutzen 18
2. Verlust durch reinen Zeitablauf 19
3. Einwirkung von Verzug 20
V. Zusammenfassender Hinweis auf die Bedeutung des Systems für die Dogmatik des Privatrechts 20

B. Wissenschaft, Rechtsprechung, Gesetz und unser System.

I. Wissenschaft, Rechtsprechung und Gesetz führen zu unserer Lehre von der beachtlichen Enttäuschung mit ihren zwei Grundtypen hin.
1. Konsequente Durchführung der Gedanken Lochers 22
2. Die Rechtsprechung des RG. 25
a) Die Vorkriegsrechtsprechung 25
b) Die Rechtsprechung zur Leistungserschwerung infolge des Krieges und zur Geldentwertung 26
c) Die Rechtsprechung zu Verträgen, die in der Begriffsverwirrung der Inflation geschlossen wurden 28
d) Die Rechtsprechung zu Mischfällen 30
3. Die Keime zu unserer Lehre im BGB. 31
a) Unmöglichkeit und Unvermögen als Grundfälle der Enttäuschung durch Überopfer 32

Seite

b) Die Sachmängelgefahr beim Kaufe als Grundfall der Enttäuschung durch Mindernutzen 33
4. Stellungnahme zur Literatur von dieser Grundlage aus.
a) Verhältnis zur Lehre Windscheids 35
b) Verhältnis zur Lehre Krückmanns 36
c) Verhältnis zur Lehre Oertmanns 36
d) Die Lehre Stampes 38
e) Die Einwendungen Roths 40
5. Einzelheiten.
a) Schon die Gefahr einer Enttäuschung kann beachtlich sein . . 41
b) „quasi negatoria" im Vertragsrecht 42
c) Die Frage der Voraussehbarkeit der Enttäuschung 43
II. Literatur, Rechtsprechung und Gesetz führen zu unserem System zur Sanierung eines wegen beachtlicher Enttäuschung heilungsbedürftigen Vertrages hin 44
1. Die Literatur 45
2. Die Rechtsprechung 45
3. Das BGB. 47
a) Die Regelung der Folgen von Unmöglichkeit und Unvermögen 47
b) Die Folgen eines beachtlichen Sachmangels beim Kaufe unter kritischer Würdigung der gesetzlichen Regelung 48
4. Auseinandersetzung mit Literatur, Rechtsprechung und Gesetz bezüglich Einzelfragen.
a) Die Abwicklungspflichten nach dem Rücktritt 50
b) Ersatz des Vertrauensinteresses nach dem Rücktritt . . . 51
c) Haftung für culpa in contrahendo 52
d) Maß des Ausgleichs 54
e) Nichtzumutbare Leistung ipso iure nicht geschuldet oder nur Einrede? 55
f) Die Art der Geltendmachung der Ausgleichsrechte im einzelnen 55
g) Verlust und Untergang der zunächst gegebenen Gestaltungsrechte 57
α) Einfluß von Kennen, Kennenmüssen und späterem Bemerken von Überopfern und Mindernutzen 57
β) Verlust durch reinen Zeitablauf (Verwirkung) 58
γ) Einwirkung von Verzug 61
III. Insbesondere die Lehre von Motivirrtum und besonders seine Behandlung durch die Rechtsprechung des RG. führt zu unserer Lehre hin. 61
1. § 119 II BGB.
a) Kritik des Gesetzes 62
b) Das Problem des Motivirrtums und das Problem der sogen. Geschäftsgrundlage ist dasselbe 63
c) § 119 II BGB. genügt nicht zur Erfassung und Regelung des beachtlichen Motivirrtums 64
2. Die Rechtsprechung des RG. zum beiderseitigen Erfolgsirrtum führt zu unserer Lehre 66
3. Die Formel des RG. zur Fiktion eines Inhaltsirrtums führt zu unserer Lehre 68
4. Einzelfragen:
a) Verhältnis von Eigenschaftsirrtum und Sachmängelgewähr . . 70
b) Bleibt für § 119 II BGB. ein Anwendungsgebiet? 70
c) Geldentwertung und Irrtum 71

Seite

C. Wann ist eine Enttäuschung beachtlich? Die allgemeingültige Formel und ihre Erfüllung mit materiellem Inhalt.

I. Die Versuche der Literatur zur Aufstellung einer Formel und die Grenzen der Theorie 72
II. Die Tätigkeit des Richters zur Beantwortung unserer Frage . . . 74
1. Die tatsächlichen Feststellungen:
a) Die essentiellen 74
b) Die akzidentiellen 75
2. Die rechtliche Würdigung: die allgemeingültige Blankettformel . 76
III. Nähere Beschreibung dieser Formel:
1. Die rein objektive Würdigung 76
2. Die Bedeutung des Parteiwillens 77
3. Die Bedeutung der Formel 79
IV. Welche sachlichen Werturteile erfüllen die Formel mit materiellem Inhalte?
1. Allgemeingültige Werturteile gibt es nicht 80
2. Die möglichen Werturteile und die Ausfüllung der Formel vom Standpunkte des Individualismus und des Universalismus aus . . 81
3. Die heute geltenden Werturteile 82
a) Das gesellschaftliche Element im gegenseitigen Vertrage . . 82
b) Die Normfindung aus den Bedürfnissen der Volksgemeinschaft heraus 83

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0099

Literatur [1]).

v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. In DogmJ. 55, 209 ff.

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache. In ZivA. 78, 122 ff.

Dove, Der Anspruch auf Erfüllung von Lieferungsverträgen. In JW. 1920, 470 ff.

Endemann, Preisumsturz und Vertragsbindung. In JW. 1920, 8 ff.

Flad, Irrtum über die Eigenschaften einer dritten Person. Gruchot 61, 1 ff.

v. Heck, Das Urteil des RG. vom 28. 11. 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht. In ZivA. 122, 203 ff.

Jacobi, Über den Irrtum in der Berechnung. In DogmJ. 70, 110 ff.

Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. In DogmJ. 59, 20 ff., 233 ff.

— Ein Beitrag zur Geldentwertung und Vertragsgrundlage unter besonderer Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung. In DogmJ. 75, 1 ff.

— Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. In ZivA. 101, 1 ff.

— Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel. In ZivA. 116, 157 ff.

— Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit. In ZivA. 128, 157 ff.

Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. In ZivA. 79, 49 ff.

— Der Irrtum bei der Preisberechnung. In DJZ. 1920, 417.

— Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. In ZivA. 123, 161 ff.

Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck. In ZivA. 121, 1 ff.

Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht. 1927.

Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung. 1927.

Neubecker, Haftung für Wort und Werk. In Festgabe der Berl. jur. Fakultät für O. Gierke 1910 Bd. 3.

Oertmann, Doppelseitiger Irrtum beim Vertragsschlusse. In ZivA. 117, 275 ff.

— Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff. 1927.

— Die Aufwertungsfrage. Berlin 1924.

Plum, Markentwertung und Aufwertung im Lichte der Rechtsprechung. In JW. 1925, 2653 (vorher: 1916, 1359; 1917, 943; 1919, 340 ff.; 1921, 51; 1922, 633; 1924, 1448).

[1]) Die in der Arbeit selbst zitierten Anmerkungen zu in der JW. veröffentlichten Entscheidungen sind hier nicht aufgenommen; ebensowenig das vorliegende Thema weiter nicht berührende, in der Arbeit nur gelegentlich zitierte Werke.

Rhode, Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt. In ZivA. 124, 257 ff.
Rosenthal, Alfred, Zur Reichsgerichtsentscheidung vom 21. 9. 1920. In JW. 1921, 5 ff.
Roth, Alfons, Die Aufwertung. Berlin (Sack) 1925.
Stammler, Der Richter. Berlin (Tagewerkverlag) 1925.
Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch. III. Grundriß der Wertbewegungslehre. In ZivA. 108, 42 ff. — V. System der Leistungskondiktionen. In ZivA. 110, 119 ff.
— Richtlinien für die clausula-Praxis. In DogmJ. 72, 348 ff.
— Zu der RG.-Entscheidung vom 21. 9. 1920. In JW. 1921, 10 ff.
Stoll, Beziehungen der Rechtslehre zur Praxis. In ZivA. 126, 181 ff.
— Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre. In DogmJ. 76, 134 ff.
v. Tuhr, Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung. In LZ. 1918 Sp. 126 ff.
— Irrtum über die Grundlage des Vertrags. In LZ. 1921 Sp. 153 ff.
Titze, Richtermacht und Vertragsinhalt. Tübingen 1921.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse. In ZivA. 100, 1 ff.
Zeiler, Die Abwicklung von Lieferungsgeschäften aus der Inflationszeit. in JW. 1925, 420.

Problem und Aufgabe.

Der folgende Gedankengang scheint feststehendes, der Nachprüfung nicht mehr bedürfendes Allgemeingut unserer Rechtsprechung werden zu wollen:

Beim Abschluß eines gegenseitigen Vertrages gingen beide Parteien übereinstimmend davon aus, daß die eine Leistung die angemessene Gegenleistung für die andere Leistung bilde. Diese Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung war für beide Parteien die Grundlage des Vertrags; diese wesentliche Vertragsgrundlage ist infolge eines unvorhergesehenen Umstandes weggefallen; Leistung und Gegenleistung stehen nunmehr in einem von den Parteien nicht gewollten unbilligen Mißverhältnis; es ist daher Abhilfe geboten.

Diese Lehre ist hochbedeutsam und zukunftsreich, bedarf aber genauerer dogmatischer Durchdringung.

Entscheidend ist für diese Lehre das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, und zwar das Verhältnis ihres Wertes. Diese Auffassung begegnet zunächst der theoretischen Schwierigkeit: ist es richtig, daß die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung für beide Parteien die Grundlage des Vertrags bildete? Und dann der praktischen Schwierigkeit: kann der Wert der Leistungen in einer dritten Größe ausgedrückt werden, um vergleichbar zu sein? In welcher dritten Größe? Diese Schwierigkeit illustriert die Aufwertungsrechtsprechung zur Genüge. Aber ganz abgesehen von diesen Schwierigkeiten ist die Abstellung auf das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht richtig.

Ausgangspunkt für die Beurteilung ist ein ganz anderes Verhältnis. Ausgangspunkt ist in der einen Hauptgruppe von Fällen die Vergleichung der Opfer, mit deren Erbringung der Leistungspflichtige rechnete, mit den nun tatsächlich erforderlichen größeren, und in der anderen Hauptgruppe die Vergleichung der von der Gegenleistung erwarteten Interessenbefriedigung mit der nun tatsächlich erfolgenden geringeren. Es handelt sich also um die Feststellung der ganz konkreten Interessen

und das Maß ihrer Wahrung durch einen bestimmten Vertrag. Bei dieser Vergleichung der erwarteten mit den tatsächlich höheren Opfern der Leistung, des erwarteten Nutzens mit dem tatsächlich geringeren Nutzen der Gegenleistung scheidet die Betrachtung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung aus. Es erhebt sich dann aber die Frage, wann diese getäuschte Erwartung, die Enttäuschung, für die Rechtsordnung beachtlich ist; dafür kann dann allerdings die Betrachtung von Leistung und Gegenleistung nebeneinander einen Fingerzeig geben; das ist der richtige Kern der Formulierung des RG. Wird die Enttäuschung für beachtlich angesehen, so ist ihre Einwirkung auf den Vertrag zu untersuchen.

Daß diese Betrachtungsweise möglich ist, ist einleuchtend; daß sie notwendig und fruchtbar ist, soll gezeigt werden. — Jetzt ist schon klar, daß sie auch auf andere als gegenseitige Verträge anwendbar ist, da sie ja das Sichgegenüberstehen von Leistung und Gegenleistung nicht voraussetzt, wie es die Mißverhältnislehre tut. Das wichtigste Anwendungsgebiet sind allerdings die gegenseitigen Verträge und sie werden auch der Betrachtung zugrunde gelegt.

Im folgenden wird zunächst eine Dogmatik der Enttäuschung bei gegenseitigen Verträgen aufgestellt, und zwar die Dogmatik einer idealen Rechtsordnung, d. h. ohne Rücksicht auf das positive Recht, rein deduktiv, more mathematico. Dadurch gewinnen wir Klarheit und festen Boden. In diesem System werden clausula rebus sic stantibus, Aufwertung, Eigenschaftsirrtum, Unmöglichkeit und Unvermögen und die Sachmängelgewähr in ihrem Verhältnis zueinander aufgedeckt werden. Dann soll nachgewiesen werden, daß Wissenschaft und Rechtsprechung, wenn auch noch vielfach unklar, sich doch zum mindesten auf dem Wege zu unserer idealen Dogmatik befinden. Schließlich soll der Punkt scharf hervorgehoben werden, wo die Dogmatik nicht mehr weiterkommt, der entscheidende Punkt, wo der Richter die Formen der Dogmatik mit dem Inhalte des Rechtes erfüllt, wo für die Fülle des Lebens die Quelle des materiellen Rechtes entspringt.

A. Versuch der Aufstellung eines idealen Systems von Rechtssätzen.

I.

Die zwei Grundtypen getäuschter Erwartung und erster Rechtssatz.

Wir gehen aus von einem gegenseitigen Vertrage, der in jeder Hinsicht ordnungsgemäß und rechtsgültig abgeschlossen ist, insbesondere auch nicht unter dem Einflusse eines (wirklichen) Erklärungs- oder Inhaltsirrtums oder unter Verletzung einer Sorgfaltspflicht beim Vertragsschlusse, dessen Inhalt auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt und der auch nicht wucherisch ist; der schließlich in seinem Schicksale nicht durch einen von einer Partei zu vertretenden Umstand beeinflußt wird.

Aber: die unveränderte Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages würde die auf ihn von einer Partei gesetzten Erwartungen enttäuschen, er würde erwünschte Folgen nicht haben oder nicht erwünschte Folgen haben. Unter diesen Folgen sind alle Einwirkungen auf die ganzen Verhältnisse zu verstehen, Gewinnung von Vorteilen und Vermeidung von Nachteilen aller Art. Diese Enttäuschung kann eine Partei erleben entweder bei ihrer Leistung oder aber bei der Gegenleistung, und wir haben demgemäß zwei Grundtypen getäuschter Erwartungen: einerseits: es müssen zur Erbringung der eigenen Leistung Interessen geopfert werden in einem beim Vertragsschlusse nicht erwarteten Maße; andererseits: die beim Vertragsschluß von der Gegenleistung erwartete Interessenbefriedigung tritt nicht in dem erwarteten Maße ein. Kurz ausgedrückt: es werden unerwartete Opfer nötig oder der erwartete Nutzen tritt nicht ein. Die Interessenbeeinträchtigung kann eine größere oder geringere sein. Die Opfer können schließlich, mathematisch gedacht, ins unendliche steigen, der Nutzen kann auf Null sinken.

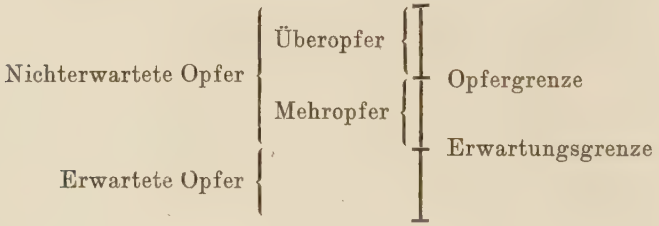
Wir stellen nun für unsere ideale Dogmatik folgenden ersten, noch rein formalen, Rechtssatz auf: es gibt Fälle, wo die Enttäuschung einer

Partei für das Schicksal eines gegenseitigen Vertrages bedeutsam ist. Die zwei Haupttypen von Fällen:

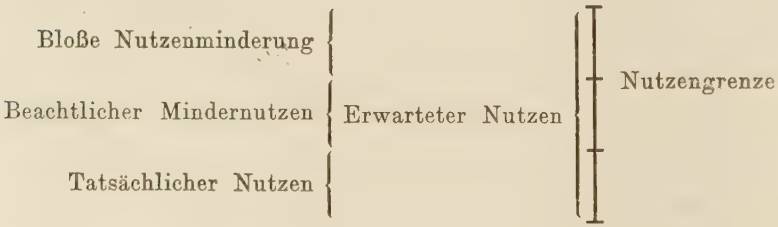
1. Enttäuschung auf der Seite der Leistung,
2. Enttäuschung auf der Seite der Gegenleistung,

sehen demgemäß folgendermaßen aus:

I. Die Opfer, von denen beim Vertragsschlusse vorausgesehen wurde, daß sie zu bringen sein würden, die erwarteten Opfer sind unter allen Umständen zu erbringen. Auch nichterwartete Opfer von gewisser Art sind in gewissem Umfange zu tragen — die Mehropfer; aber doch nur bis zu einer gewissen Grenze (für Art und Umfang), der Opfergrenze; was darüber hinausgeht, die Überopfer, sind nicht zu tragen.



II. Von der Gegenleistung wird beim Vertragsschlusse ein gewisser Nutzen erwartet. Dieser Nutzen würde aber durch sie nicht in vollem Umfange (nach Art und Maß) erbracht werden. Dieses Weniger an Nutzen ist nun zunächst für das Schicksal des Vertrages, d. h. insbesondere für die eigene Leistungspflicht, bedeutungslos — die bloße Nutzenminderung; aber auch nur bis zu einer gewissen Grenze (nach Art und Maß): der Nutzengrenze; ist diese unterschritten, so ist der Mindernutzen beachtlich.



II.

1. Der zweite Rechtssatz und daraus abgeleitetes System zur Sanierung eines wegen beachtlicher Enttäuschung heilungsbedürftigen Vertrages.

Es gilt nun festzustellen, welche Einwirkungen diese beiden Fälle der Enttäuschung des beachtlichen Überopfers und Mindernutzens, um sie kurz so zu nennen, auf das Schicksal des gegenseitigen Vertrages haben. Für unser folgendes ideales Schema wird der zweite Rechtssatz aufgestellt: Es ist zunächst zu versuchen, die beachtlichen Interessen durch Aufrechterhaltung des Vertrages in veränderter Gestalt zu wahren; erst wenn dies nicht möglich ist, kommt ein Abgehen vom Vertrage in Betracht. Aus diesem Satze wird nun rein deduktiv ein System von Sätzen zur Einrenkung eines durch beachtliche Enttäuschung heilungsbedürftigen Vertrages aufgestellt werden.

Das folgende System mutet vielleicht ungewohnt an, aber es ist ein Versuch, der bei seinem Gelingen den Erfolg hätte, sehr umstrittene Probleme zu klären (Verhältnis, Abgrenzung und Folgen von cl. r. s. st., Aufwertung, Unmöglichkeit, Eigenschaftsirrtum, Gewährschaft). Dem System der Sätze wird eine Erläuterung mit Beispielen folgen.

I. Überopfer brauchen nicht gebracht zu werden; darum:

1. Versuch der Aufrechterhaltung durch Ersatz der Überopfer; d. h. der andere Teil ersetzt die Überopfer, so daß solche nicht mehr vorhanden sind.

a) Können die Überopfer durch Ersatz abgenommen werden, so ist zu unterscheiden:

α) Dieser Ersatz geht nicht hinaus über die vom Gegner erwarteten Opfer, bedeutet also für ihn kein Mehropfer, dann kann der Betroffene diesen Ersatz verlangen und der Vertrag ist in dieser Form durchzuführen.

β) Dieser Ersatz würde ein Mehropfer des Gegners bedeuten, so kann er, da dies zugleich eine andere als die vereinbarte Leistung bedeuten würde, dazu nicht gezwungen werden[1]); es ist ihm aber Gelegenheit zu geben, durch Ersatz der Überopfer die Gegenleistung sich zu erhalten.

---

[1]) Auch dieser Satz kann in Ausnahmefällen durchbrochen werden, nämlich wenn bei Auslegung nach Treu und Glauben, besser bei objektiver Würdigung der Interessen des Betroffenen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in dieser Form gegenüber dem Interesse des Gegners, nicht mehr als vereinbart zu leisten, das erstere als das schutzwürdigere erscheint.

αα) Bietet nun der Gegner diesen Ersatz: dann ist der Vertrag in dieser Form durchzuführen.

ββ) Verweigert der Gegner grundsätzlich einen solchen Ersatz: dann ist eine Regelung wie unter Ziff. I 2 zu versuchen.

b) Können die Überopfer durch Ersatz durch den Gegner nicht abgenommen werden, dann ist eine Regelung wie unter Ziff. I 2 zu versuchen.

2. Versuch der Aufrechterhaltung durch Anstrengungen nur bis zur Opfergrenze, d. h. der Betroffene erbringt eine hinter der vereinbarten zurückbleibende Leistung, eine solche, wie er sie erbringen kann, wenn er seine Kräfte nur bis zur Opfergrenze anspannt.

a) Können dem Betroffenen die Überopfer dadurch abgenommen werden, daß er nur eine solche verminderte Leistung erbringt: dann ist eine Aufrechterhaltung des Vertrages in der Art möglich, daß der Betroffene nur eine solche verminderte Leistung erbringt gegen volle Gegenleistung.

α) Bringt auch diese formal verminderte Leistung dem Gegner den erwarteten Nutzen, so ist der Vertrag in dieser Form durchzuführen.

β) Eine Nutzenminderung durch die verminderte Leistung braucht der Gegner nicht auf sich zu nehmen. Der Gegner kann also, wenn solche eintreten würde, zur Aufrechterhaltung des Vertrages nicht gezwungen werden[2]), es ist ihm vielmehr nur Gelegenheit zu geben, sich zu erklären, ob er die Aufrechterhaltung in dieser Form wolle.

αα) Stimmt er ihr zu, so ist der Vertrag in dieser Form durchzuführen.

ββ) Verweigert er es, so kann der Betroffene zurücktreten.

b) Ist es nicht möglich, dem Betroffenen die Überopfer dadurch abzunehmen, daß er nur eine verminderte Leistung erbringt, so kann der Betroffene zurücktreten.

Zu I. ist noch hervorzuheben, daß der Betroffene die Mehropfer auf alle Fälle zu tragen hat; daß also der Ersatz beim Versuch wie Ziff. 1 nur die Überopfer, nicht die Mehropfer umfaßt, und daß beim

---

[2]) In ganz besonderen Ausnahmefällen könnte auch dieser Satz durchbrochen werden, wenn nämlich das Interesse des Betroffenen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in dieser Form gegenüber dem Interesse des Gegners, für eine verminderte Leistung nicht die volle Gegenleistung erbringen zu müssen, das erstere als das schutzwürdigere erscheint.

Versuch wie Ziff. 2 die Anstrengungen bei der Erbringung der verminderten Leistung bis zur Opfergrenze zu gehen haben.

Die Überopfer können notwendig sein auch nur für einen Teil der Leistung, dann gilt das Schema eben nur für diesen Teil; es ist dann allerdings möglich, daß wegen der Abänderung oder des Wegfalles eines Teiles der Leistung die gesamte Leistung dem Gegner nicht mehr den erwarteten Nutzen bringt; die Einwirkung dieser Enttäuschung beurteilt sich dann nach II.

II. Für eine Gegenleistung, die einen beachtlichen Mindernutzen hat, braucht man nicht seine volle Leistung zu erbringen.

1. Versuch der Aufrechterhaltung durch Ersatz des Mindernutzens durch den Gegenleistenden; dann ist eben kein Mindernutzen mehr vorhanden.
   a) Kann der Mindernutzen durch Ersatz ausgeglichen werden, dann ist zu unterscheiden:
      α) Dieser Ersatz geht nicht hinaus über die vom Gegenleistenden erwarteten Opfer, bedeutet also kein Mehropfer für diesen, dann kann der Betroffene diesen Ersatz verlangen und der Vertrag ist in dieser Form durchzuführen.
      β) Dieser Ersatz würde ein Mehropfer des Gegenleistenden bedeuten, so kann er, da dies zugleich eine andere als die vereinbarte Leistung bedeuten würde, dazu nicht gezwungen werden[3]). Es ist ihm Gelegenheit zu geben, durch Ersatz des Minderwertes die Leistung sich zu erhalten.
         $\alpha\alpha$) Bietet nun der Gegenleistende diesen Ersatz: dann ist der Vertrag in dieser Form durchzuführen.
         $\beta\beta$) Verweigert der Gegner grundsätzlich einen solchen Ersatz: dann ist eine Regelung wie unter Ziff. II 2 zu versuchen.

2. Versuch der Aufrechterhaltung auf der Basis der mindernützigen Leistung, d. h. der Gegenleistende erbringt zwar nur die mindernützige Leistung, der Mindernutzen wird aber dem Leistenden in der Weise abgenommen, daß seine Leistung gekürzt wird in dem Verhältnis, in dem der Mindernutzen zum Wert der Gegenleistung z. Zt. des Vertragsschlusses ohne den Eintritt des den Mindernutzen verursachenden Umstandes steht.
   a) Kann dem betroffenen Leistenden der Mindernutzen durch solche Herabsetzung der eigenen Leistung abgenommen werden, dann ist zu unterscheiden:

---

[3]) Es gilt auch hier das unter Anm. 1 Gesagte.

α) Bringt auch diese formal herabgesetzte Leistung dem Gegenleistenden den erwarteten Nutzen, so ist der Vertrag in dieser Form durchzuführen.

β) Eine Nutzenminderung durch die verminderte Leistung braucht der Gegenleistende nicht auf sich zu nehmen. Er kann also, wenn solche eintreten würde, zur Aufrechterhaltung des Vertrages in dieser veränderten Form nicht gezwungen werden[4]), es ist ihm vielmehr nur Gelegenheit zu geben, sich zu erklären, ob er die Aufrechterhaltung in dieser Form wolle.

αα) Stimmt er ihr zu, so ist der Vertrag in dieser Form durchzuführen.

ββ) Verweigert er es, so kann der Betroffene zurücktreten.

b) Ist es nicht möglich, dem Betroffenen den Mindernutzen dadurch abzunehmen, daß er seine eigene Leistung herabsetzt, so kann der Betroffene zurücktreten.

Es soll noch besonders hervorgehoben werden, daß die bloße Nutzenminderung vom Betroffenen zu tragen ist. Der Ersatz bei der Regelung nach Ziff. 1 umfaßt also nur den beachtlichen Mindernutzen, und bei Ziff. 2 bleibt die bloße Nutzenminderung bei der Herabsetzung der eigenen Leistung außer Betracht.

Mindernützig ist möglicherweise nur ein Teil der Gegenleistung. Dann gilt das Schema nur für diesen Teil. Es ist dann aber möglich, daß wegen der teilweisen Abänderung oder des teilweisen Wegfalles der Gegenleistung oder der Leistung die gesamte Gegenleistung oder Leistung ihrem Empfänger nicht mehr den erwarteten Nutzen bringt; dann ist die gesamte Gegenleistung oder Leistung nach II. zu beurteilen.

Zu I. und II.: Bei Dauerschuldverhältnissen[4a]) gilt eine Besonderheit: an die Stelle von Rücktritt vom gesamten Vertragsverhältnis tritt Kündigung für die Zukunft und möglicherweise für einen Teil der Vergangenheit: nämlich von dem Zeitpunkt an, wo Überopfer oder Mindernutzen eintrat.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß die zwei Haupttypen von Enttäuschung in einem Vertrage zusammentreffen können, indem sowohl die Leistung mit Überopfern verbunden, als auch die Gegenleistung mindernützig ist. Dieser Fall bietet, abgesehen von seiner Schwierigkeit, keine rechtlichen Besonderheiten; es ist eben zu versuchen, Leistung

---

[4]) In besonderen Fällen kann das unter Anm. 2 Gesagte gelten.

[4a]) Literatur in Anm. 29.

und Gegenleistung wieder einzurenken; gelingt dies auch nur auf einer Seite nicht, so geht der Vertrag auseinander.

2. Erläuterung durch Beispiele.

Diese abstrakten Sätze sollen an einigen Beispielen anschaulich gemacht werden.

I. Die beachtliche Enttäuschung auf der Leistungsseite, die Überopfer.

Um es kurz zu wiederholen: ist der Vertrag überhaupt zu heilen, so kann der Enttäuschung auf zwei Wegen begegnet werden: entweder werden die Überopfer ersetzt, oder aber man bringt eine verminderte Leistung, die Anstrengung nur bis zur Opfergrenze erfordert. Zuerst ist es auf dem ersteren Wege zu versuchen, weil hier der Gegner seine unveränderte Leistung, auf die er Anspruch hat, bekommt; dann erst auf dem anderen Wege.

1. Schuld von Tausend; Steigen des Geldwertes auf das Doppelte; Opfergrenze bei Steigen des Geldwertes um die Hälfte. Regelung: Erlaß des Überopfers von 250, dagegen ist das Mehropfer von 250 zu tragen und also 750 zu leisten. (Schema I 1 a α; die Regelung nach I 2 a α kommt zum selben Ergebnis.)

2. Lieferungsgeschäft; die Herstellungskosten steigen auf das Doppelte; Opfergrenze bei Steigen um die Hälfte. Also etwa: 100 Stück für 100 Mark zu liefern; die Herstellungskosten steigen auf 200 Mark; Opfergrenze bei Steigen auf 150 Mark. — Regelung: der Besteller kann Lieferung gegen Ersatz der Über-, nicht der Mehropfer verlangen, also gegen Bezahlung von zusammen 150 Mark (Schema I 1 a β $\alpha\alpha$). Will der Besteller die Überopfer nicht in dieser Weise ausgleichen, so kann er gegen gleiche Gegenleistung Leistung bis zur Opfergrenze verlangen; also: der Lieferant hat sich bis zur Opfergrenze von 150 Mark anzustrengen, also 75 Stück zu liefern gegen Bezahlung von 100 Mark (Schema I 2 a β $\alpha\alpha$).

Will sich der Besteller weder auf die eine noch die andere Regelung einlassen, so kann der Lieferant zurücktreten (Schema I 1 a β $\beta\beta$ und I 2 a β $\beta\beta$).

3. Ein Schriftsteller hat sich einer Tageszeitung zur fortlaufenden Lieferung von Feuilletons bestimmter politisch-religiöser Grundeinstellung verpflichtet; angenommen: er hatte selbst diese Einstellung, er kommt von ihr ab und würde mit weiterer Lieferung sein Gewissen belasten und ein Überopfer bringen. Dann kann ihm dieses Überopfer, als in Geld nicht veranschlagbar, durch Ersatz nicht abgenommen werden (Schema I 1 b). Es ist aber möglich, daß die Tageszeitung auf seine geschätzte Feder solchen Wert legt, daß sie auch mit einer ver-

minderten Leistung seinerseits zufrieden ist; dann muß er der Zeitung Gelegenheit geben, sich wenigstens neutrale Feuilletons zu erhalten (Schema I 2 a β $\alpha\alpha$). Will die Zeitung solche Artikel nicht (I 2 a β $\beta\beta$) oder würde es für den Schriftsteller auch dann noch ein Überopfer bedeuten, wenn sein Name überhaupt noch unter Artikeln dieser Zeitung, wenn auch neutralen, stünde (I 2 b), dann kann er kündigen.

4. Es ist versehentlich ein goldener Gegenstand als nur vergoldeter verkauft. Angenommen: die Enttäuschung des Verkäufers ist beachtlich und die Verschaffung würde ein Überopfer bedeuten. Dann kann sich der Gegner den Gegenstand durch Ersatz des Überopfers in Geld erhalten (I 1 a β $\alpha\alpha$). Erst wenn er das nicht will (I 1 a β $\beta\beta$), kann der Verkäufer, da eine Regelung nach I 2 a hier nicht möglich ist, zurücktreten (I 2 b).

5. Es ist versehentlich ein Gegenstand von großem Affektionsinteresse verkauft. Angenommen: die Verschaffung würde ein Überopfer bedeuten. Dann ist es nicht möglich unter veränderter Aufrechterhaltung des Vertrages dieses Überopfer abzunehmen. Der Betroffene kann zurücktreten (I 1 b und I 2 b).

II. Die beachtliche Enttäuschung auf der Seite der Gegenleistung.

Ist der Vertrag überhaupt zu heilen, so kann der Enttäuschung auf zwei Wegen begegnet werden: entweder bekomme ich den Mindernutzen ersetzt oder ich setze meine Leistung wegen des Mindernutzens herab. Zunächst ist es auf dem ersteren Wege zu versuchen, da ich ja eine Gegenleistung mit Nutzen bis zur Nutzengrenze erhalten soll; dann erst auf dem anderen Wege.

1. Schuld von Tausend; Sinken des Geldwertes auf ein Viertel; Nutzengrenze bei der Hälfte des Geldwertes. Regelung: Ersatz des beachtlichen Minderwertes, nicht der bloßen Wertminderung; also: Aufwertung auf das Doppelte (Zweitausend), so daß damit der Gläubiger die Hälfte des ursprünglichen Geldwertes erhält (II 1 a α).

2. 1000 Stück a von A vertauscht gegen 1000 Stück b des B; Wert von a: 1000 Mark, von b: 2000 Mark. Die a haben Fehler, die den Wert auf die Hälfte herabsetzen; Nutzengrenze bei Wertminderung um ein Viertel, so daß also die bloße Nutzenminderung ein Viertel beträgt und ebensoviel der beachtliche Mindernutzen. Regelung: besteht der Mindernutzen der Artikel a für B einfach darin, daß sie weniger Geldwert haben, so kann sich A die Lieferung der hochwertigen Artikel b dadurch erhalten, daß er B den Mindernutzen in Höhe von 250 Mark ersetzt (II 1 a β $\alpha\alpha$). Zum Ersatze des Mindernutzens verpflichtet ist A nur, wenn er nach dem Vertrage verpflichtet ist, in der Lieferung der Stücke a dem B zugleich gewisse Werte zu leisten, d. h. wenn seine Verpflichtung aus dem Tauschvertrage nicht

auf Leistung schlechtweg geht, sondern auf Gutleistung (II 1 a β). Ist A nicht zum Ersatz des Mindernutzens gewillt oder verpflichtet, so kommt (II 1 a β $\beta\beta$) die Regelung in Betracht, daß B seine Leistung vermindert und nur 750 Stück b leistet (trotz Wertminderung der a auf die Hälfte kann er doch nur um ein Viertel mindern, da das Risiko, daß die a fehlerhaft sind, ihn bis zur Wertminderung um ein Viertel trifft). Ist A mit dieser Regelung einverstanden, so ist das Geschäft in dieser Form durchzuführen (II 2 a β $\alpha\alpha$); dazu gezwungen werden kann A in der Regel nicht (II 2 a β)[4]. Lehnt A berechtigterweise diese Regelung ab, so kann B zurücktreten (II 2 a β $\beta\beta$). Ist es überhaupt nicht möglich, den Mindernutzen des B durch die eine oder die andere Regelung auszugleichen, weil B für die mangelhaften Stücke a einfach keine Verwendung hat, so kann B zurücktreten (II 1 b und II 2 b).

3. Eine Tageszeitung hat sich einen Schriftsteller zur Lieferung von Feuilletons bestimmter politischer Grundeinstellung verpflichtet. Die Zeitung geht im Laufe der Zeit in ein anderes Fahrwasser über im Interesse ihrer größeren Verbreitung, so daß sie für derartige Artikel weniger Verwendung mehr hat. Angenommen, die Nutzenminderung ist beachtlich, so ist der Schriftsteller möglicherweise in der Lage, der neuen Richtung angepaßte Artikel zu liefern; vielleicht ist der Zeitung auch schon mit neutralen Artikeln wieder gedient; geht der Schriftsteller auf eine solche Veränderung ein, so ist der Vertrag in dieser Gestalt weiterzuführen (II 1 a β $\alpha\alpha$). Gezwungen werden kann er nicht. Will er nicht (II 1 a β $\beta\beta$), so kommt folgende Regelung in Betracht: Der Schriftsteller liefert seine Artikel in der gewohnten Weise weiter, die Zeitung mindert aber ihre Leistungen derart, daß sie das Honorar herabsetzt und die Artikel in ihrem Sinne zurechtstutzt, oder auch nur letzteres macht. Läßt sich der Schriftsteller darauf ein, was er aber nicht zu tun braucht, dann läuft der Vertrag in dieser Form weiter (II 2 a β $\alpha\alpha$); tut er es nicht, so kann die Zeitung kündigen (II 2 a β $\beta\beta$). Kann der Mindernutzen der Zeitung überhaupt durch keine derartige Regelung mehr ausgeglichen werden, indem der Name des Schriftstellers in ihren Spalten unmöglich geworden ist, so kann sie ohne weiteres kündigen (II 1 b und II 2 b).

4. Es ist versehentlich ein nur vergoldeter Gegenstand als goldener gekauft. Angenommen: die Enttäuschung des Käufers ist beachtlich und er erhielte also nur eine mindernützige Leistung. Ist der Mindernutzen in Geld ausgleichbar, so kann der Verkäufer durch dessen Ersatz den Käufer am Vertrage festhalten (II 1 a β $\alpha\alpha$). Es kann auch der Käufer den Mindernutzen am Kaufpreis abziehen, wenn der Verkäufer damit einverstanden ist (II 2 a β $\alpha\alpha$), was wohl zum selben Er-

gebnis führt. Nur wenn der Mindernutzen des Käufers auf diese Weise nicht ausgeglichen werden kann, darf er zurücktreten (II 1 b und II 2 b).

5. Ein Gegenstand von vermeintlich hohem Affektionswert gekauft; angenommen, die Enttäuschung sei beachtlich. Dann ist ein Ersatz des Mindernutzens nicht möglich; ebenso ist der Mindernutzen auch nicht dadurch auszugleichen, daß statt des Liebhaberpreises der gemeine Wert bezahlt wird, weil der Gegenstand als solcher kein Interesse für den Käufer hat; dann kann der Betroffene ohne weiteres zurücktreten (II 1 b und II 2 b).

Ein Beispiel für das Zusammentreffen von Enttäuschung auf der Leistungsseite wie auf der Seite der Gegenleistung bietet der Fall, daß bei einem Lieferungsvertrage sowohl der Kaufpreis sich entwertet, als auch die Herstellungskosten (nicht bloß scheinbar wegen der Geldentwertung, sondern auch tatsächlich infolge besonderer wirtschaftlicher Verhältnisse) in ungewohntem Maße steigen. Angenommen, sowohl die Entwertung wie die Preissteigerung seien von einem gewissen Punkte (der Nutzen-, bzw. Opfergrenze) an beachtlich, so muß der Besteller, will er die Lieferung unvermindert sich erhalten, zunächst den beachtlichen Mindernutzen seiner Geldleistung ausgleichen (nicht die bloße Wertminderung vor der Nutzengrenze), dann weiter die Überopfer infolge der Preissteigerung ersetzen (nicht die Mehropfer unterhalb der Opfergrenze).

3. Weitere Ausführung: möglicherweise ist schon die Gefahr einer Enttäuschung beachtlich.

Bisher wurde davon ausgegangen, daß erst bei Fälligkeit der Leistung oder Gegenleistung sich zeigt, daß sie zu Überopfern bzw. beachtlichem Mindernutzen führt. Dies kann sich aber auch schon vor Fälligkeit zeigen. Ist die Realisierung der Enttäuschung schon vorher nach menschlichem Ermessen gewiß, so kann schon vorher eine Regelung unternommen werden, gemäß den obigen Sätzen, nur eben mit den Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß die Leistungen noch nicht fällig sind. Ist ein Ausgleich nicht möglich, dann kann sofort zurückgetreten oder gekündigt werden; ist ein Ausgleich möglich, so tritt an die Stelle des Ersatzes der Überopfer oder des Minderwertes das bindende Versprechen, diese bei Fälligkeit zu ersetzen, wofür dann, wenn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen so weit geht, möglicherweise auch noch Sicherheit zu leisten ist (I 1 a und II 1 a). Kommt der Ausgleich durch Verminderung der eigenen Leistung in Betracht (I 2 a und II 2 a), so kann der Betroffene schon vor Fälligkeit den Gegner auffordern, dazu Stellung zu nehmen, und dieser hat, wenn er

eine veränderte Aufrechterhaltung wünscht, jetzt schon eine Verminderung der Leistung zu bewilligen, andernfalls der Betroffene jetzt schon zurücktreten bzw. kündigen kann. — Ob eine Enttäuschung eintreten wird, ist oft nicht Sache der Gewißheit, sondern nur größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit; dann besteht nur die Gefahr einer Enttäuschung. Diese Unsicherheit, ob er Überopfer werde bringen müssen oder einen Mindernutzen bekommen werde hat der Betroffene zunächst auf sich zu nehmen. Aber diese Last der Unsicherheit hat er auch nur bis zu einer gewissen Grenze zu tragen, von wo an er an dem für ihn gefährlichen unveränderten Vertrage nicht mehr festgehalten werden darf, wo die Gefahr für das Schicksal des Vertrages bedeutsam wird und eine Regelung eintreten muß gleich der eben gezeigten, wo schon vor Fälligkeit die Realisierung einer Enttäuschung nach menschlichem Ermessen gewiß ist? Nur stehen hier die Ausgleichsversprechen noch unter der Bedingung, daß die Gefahr nicht wegfällt.

Beispiel dafür, daß die Gefahr besteht, daß eine spätere Leistung mit Überopfern verknüpft sein werde: es ist eine zu importierende Ware versprochen; es tritt Krieg ein; die Parteien vereinbaren Leistung nach Friedensschluß; der Krieg dauert viel länger als man dachte und führt zu einer erheblichen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse; es ist möglich, daß der Verpflichtete schon vor Friedensschluß ein berechtigtes Interesse daran hat, daß der gefährliche Vertrag durch das Versprechen eines Ausgleichs für den Fall, daß Überopfer nötig werden (I 1 a β $\beta\beta$ und I 2 β $\beta\beta$) zu einem erträglichen abgewandelten oder aber, wenn der Besteller sich dazu nicht herbeiläßt oder dem Lieferanten auch damit nicht gedient ist (I 1 b und I 2 b), jetzt schon aufgehoben werde.

Beispiel dafür, daß die Gefahr besteht, daß eine spätere Leistung einen Mindernutzen haben werde: bei einem Sukzessivlieferungsvertrage ist es aus irgendwelchen Gründen wahrscheinlich, daß die weiteren Lieferungen mangelhaft sein werden, ohne daß der Lieferant dies zu vertreten hätte. Dann hat der Besteller möglicherweise jetzt schon ein berechtigtes Interesse daran, daß ihm für den Fall einer tatsächlichen Schlechtlieferung ein Ausgleich versprochen werde (II 1 a und II 2 a); ist ihm damit nicht gedient (II 1 b und II 2 b) oder läßt sich der Lieferant zu dem Versprechen eines Ausgleichs nicht herbei (II 1 a β $\beta\beta$ und II 2 a β $\beta\beta$), dann muß er möglicherweise jetzt schon kündigen dürfen.

III.

1. Der Rechtsgrund der Beachtung einer Enttäuschung.

Ein kurzes Wort zur Natur der Beachtung der Enttäuschung. Sie beruht auf der objektiven Anerkennung durch die Rechtsordnung, nicht

auf dem Parteiwillen. Insbesondere ist sie mit einer stillschweigenden Bedingung gar nicht zu verwechseln, vielmehr etwas grundsätzlich anderes; bei der Bedingung ist für das Schicksal des Vertrages bedeutsam der Eintritt oder Nichteintritt einer Tatsache als solcher, bei der Enttäuschung die Einwirkung eines Umstandes auf die Interessenlage.

2. Die Rechtsnatur der Ausgleichsrechte und die Art ihrer Geltendmachung im Einzelnen.

Genauerer Betrachtung bedürfen noch die Ausgleichsrechte, der Rücktritt und etwaige sonstige Folgen der Enttäuschung.

In den Fällen, in denen der Gegner zum Ersatze der Überopfer oder des Mindernutzens gezwungen werden kann (I 1 a α und β Anm. 1), II 1 a α und β Anm. 3), hat der Betroffene einen Anspruch darauf, als Ausfluß seines Hauptanspruches. Es ist das kein neuer Anspruch neben dem Hauptanspruch, sondern derselbe, nur in besonderer Erscheinungsform, im Keime in ihm vom Anfang an enthalten und unter besonderen Umständen ans Licht gekommen. Dieser Ersatzanspruch verjährt also zusammen mit dem Hauptanspruche.

In den Fällen, in denen der Betroffene unabhängig von der Zustimmung des Gegners seine Leistung herabsetzen kann (I 2 a α und β Anm. 2, II 2 a α und β Anm. 4), wird man am besten von einem Leistungsverweigerungsrecht, einer peremtorischen Einrede sprechen. Man kann auch eine Herabsetzung ipso-iure annehmen, was praktisch bei der Verhandlungsmaxime unseres Prozesses auf dasselbe hinauskommt. Theoretisch bietet die Einrede den Vorteil, dieses Recht leichter der Verwirkung (darüber später) unterwerfen zu können.

Es bleiben die Fälle, wo der Betroffene dem Gegner Gelegenheit zu geben hat, durch einen gewissen Ausgleich — Ersatz der Überopfer oder des Mindernutzens, Zustimmung zur Herabsetzung der Leistung des Betroffenen — den Vertrag in dieser Form aufrechtzuerhalten, und wo der Betroffene dann, wenn der Gegner von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch macht, zurücktreten kann (I 1 a β, I 2 a β, II 1 a β, II 2 a β).

1. Die dem Gegner zu gebende Gelegenheit. Die Pflicht dazu entspringt der durch das Vertragsverhältnis geschaffenen allgemeinen Rücksichtspflicht auf den Gegner. Dieser darf mit einem Rücktritt nicht überrascht werden, solange die beachtlichen Interessen des Betroffenen noch auf anderem Wege gewahrt werden können. Dieser Pflicht wird genügt durch eine empfangsbedürftige Mitteilung, in der erklärt wird, es sei der Fall eines Überopfers bzw. Mindernutzens eingetreten, und die Mitteilung muß

die Aufforderung enthalten, eine Offerte zu einem angemessenen Ersatz- bzw. Erlaßvertrage abzugeben, widrigenfalls zurückgetreten werde. Der Betroffene hat dem Gegner zugleich die Unterlagen mitzuteilen, aus denen dieser sich ein Bild über die zu gebende Offerte machen kann.

2. Macht der Gegner eine bestimmte Offerte und nimmt der Betroffene sie an, so ist nunmehr die Leistung des Betroffenen durch den Erlaßvertrag herabgesetzt, bzw. er hat einen Ausgleichsanspruch aus dem Ersatzvertrage, für den wohl dasselbe zu gelten hat, was oben von dem schon kraft des ursprünglichen Vertrages aus dem Hauptanspruche fließenden Ausgleichsanspruches gesagt ist.
3. Der Gegner kann anerkennen, daß ein Fall beachtlicher Enttäuschung vorliege, aber einen Ausgleich ablehnen. Dann verzichtet er auf sein Gestaltungsrecht, durch eine angemessene Ausgleichsofferte den Betroffenen zu zwingen, diese anzunehmen und ihn dadurch am Vertrage festzuhalten. Schweigt der Gegner sich aus, so kann der Betroffene nach angemessener Frist ebenfalls zurücktreten. Man kann in dem Schweigen nach überkommener Methode einen stillschweigenden Verzicht auf das genannte Gestaltungsrecht sehen; besser wird man rein objektiv urteilen, daß der Schwebezustand für den Betroffenen nur eine angemessene Frist dauere, nach deren Ablauf er seiner Pflicht, dem Gegner zum Ausgleich Gelegenheit zu geben, genügt habe.
4. Der Gegner kann sich auf den Standpunkt stellen, daß eine beachtliche Enttäuschung nicht vorliege.
   a) Klagt nun der Gegner auf Leistung, oder gegebenenfalls auf Feststellung der unveränderten Leistungspflicht und wird diese Klage abgewiesen, weil die Enttäuschung beachtlich sei, dann kann der Betroffene nicht sogleich zurücktreten, vielmehr ist dem Gegner Gelegenheit zu geben, der durch das Urteil gegebenen Situation Rechnung zu tragen.
   b) Ebenso ist es, wenn der Betroffene seinerseits auf Feststellung klagt, daß er nicht mehr zu den alten Bedingungen verpflichtet sei und dem stattgegeben wird. Will er zugleich Klarheit über die Höhe des angemessenen Ausgleichs schaffen, so ist dies wohl nur möglich, in einer Klage auf Feststellung dahin, daß er nur gegen den und den Ausgleich zu leisten verpflichtet sei. Ergeht ein solches Urteil, so ist der Gegner zur Erklärung aufzufordern, ob er diesen Ausgleich anbiete; lehnt er es aber ab, oder erklärt er sich in angemessener Frist nicht, so kann der Betroffene zurücktreten.

5. Der Gegner kann anerkennen, daß eine beachtliche Enttäuschung vorliege. Dann ist der Betroffene verpflichtet, gegen angemessenen Ausgleich zu liefern. Ich glaube, man wird den Tatsachen gerecht, wenn man so konstruiert, daß man annimmt, der Betroffene sei verpflichtet, ein angemessenes Ausgleichsangebot anzunehmen. Hält der Betroffene ein Angebot für nicht angemessen, so darf er deshalb noch nicht zurücktreten.

   a) Der Gegner kann nun klagen auf Eingehung eines bestimmten Ausgleichsvertrages, wobei er die Höhe zweckmäßigerweise dem richterlichen Ermessen überläßt. Noch besser wird nur auf Feststellung geklagt, daß der Betroffene ein gewisses Ausgleichsangebot annehmen müsse; denn damit bewahrt sich der Gegner freie Hand, ob er das Angebot stellen will; das ist deshalb gut, weil sich nicht von Anfang an übersehen läßt, zu welcher Höhe des Ausgleichs das richterliche Ermessen kommen wird; aus diesen Gründen muß auch die Feststellungsklage möglich sein. — Der Gegner kann natürlich auch gleich auf Leistung unter Beachtung des Ausgleiches klagen. Dann liegt in der Klage die Ausgleichsofferte und mit dem rechtskräftigen Urteil ist sie angenommen. Will er sich freie Hand bewahren, dann wird er auf Feststellung klagen, daß der Betroffene unter den und den Bedingungen leistungspflichtig sei. Hat er dann ein Urteil, so steht es ihm frei, eine entsprechende Offerte zu machen, und er kann dann gegebenenfalls auf der Grundlage des Feststellungsurteiles auf Leistung klagen.

   b) Es kann auch seinerseits der Betroffene auf Feststellung klagen, daß er nur gegen den und den Ausgleich zu leisten verpflichtet sei. Eine Leistungsklage darf er nicht erheben, da dem Gegner ja freie Hand bleiben muß, ob er nicht den Ausgleich ablehnen und dadurch dem Betroffenen das Recht zum Rücktritt geben will. Ergeht ein solches Feststellungsurteil, so ist der Gegner zur Erklärung aufzufordern, ob er diesen Ausgleich anbiete; lehnt er es ab oder erklärt er sich in angemessener Frist nicht, so kann der Betroffene zurücktreten.

3. Die Abwickelungspflichten nach dem Rücktritt.

Ist der Betroffene wirksam zurückgetreten, so ist damit der Vertrag nicht restlos aufgehoben, vielmehr entstehen nun Abwickelungspflichten aus „dem fortdauernden schuldrechtlichen Gesamtrechtsver-

hältnis“ [5]). Das ist wichtig für die Rückgewähr etwa schon erfolgter Leistungen. Wenn eine Partei weiß, daß sie zur Rückgewähr verpflichtet ist, dann haftet sie selbstverständlich, um es in den Paragraphen des BGB. auszudrücken, nach den strengen Vorschriften der §§ 291, 292, 819, 989, 990. Die Frage aber ist, welche Haftung vor Kenntnis und vor Rechtshängigkeit besteht. Besteht hier ganz allgemein die Pflicht, sich gewärtig zu halten für den Fall eines Rücktritts wegen beachtlicher Enttäuschung der einen oder anderen Partei, eine empfangene Leistung zurückgeben zu müssen, so daß man bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht schadensersatzpflichtig wird? „Oder kann dem Schuldner auferlegt werden, sich so behandeln zu lassen, als ob er mit der Rückgewähr rechnen müßte?“ [5]) Dies würde eine Überspannung der gegenseitigen Sorgfaltspflichten bedeuten. Vielmehr sind die empfangenen Leistungen nur nach Bereicherungsgrundsätzen zurückzugewähren [6]).

4. Ersatz des Vertrauensinteresses nach dem Rücktritt? culpa in contrahendo.

Durch das Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit eines später wegen beachtlicher Enttäuschung aufgehobenen Vertrages kann einem Teil ein Schaden, der sogen. Vertrauensschaden, entstanden sein. Dieser ist grundsätzlich nicht zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht kann sich aber aus den Grundsätzen der Haftung für sogen. culpa in contrahendo ergeben, zunächst für den Enttäuschten. Hätte er beim Vertragsschlusse wissen müssen, daß der Vertrag ihm eine Enttäuschung bringen werde, und ist die Enttäuschung trotzdem beachtlich (darüber später Näheres), so war er nicht nur sich selbst gegenüber nachlässig, sondern er hat auch dem anderen Teil gegenüber die Pflicht, ihn nicht an einen unsicheren Vertrag zu binden, fahrlässig verletzt. Aber auch den anderen Teil kann eine solche Haftung treffen. Man kann allerdings in der Regel nicht verlangen, daß man darauf acht gebe, daß der Gegner durch den Vertrag nicht beachtlich enttäuscht werde; hat man aber tatsächlich dafür genügend sichere Anhaltspunkte, so muß man das offenbaren; tut man das nicht, so liegt darin eine schuldhafte Pflichtverletzung, die zum Ersatze des Vertrauensinteresses verpflichtet, falls den Enttäuschten selbst kein Verschulden trifft; ist dies der Fall, so Beurteilung nach den Grundsätzen des § 254 BGB.

---

[5]) Vgl. Stoll in JW. 1928, 57, 58.
[6]) So Stoll in JW. 1928, 58.

IV.

Verlust und Untergang der zunächst durch beachtliche Enttäuschung gegebenen Gestaltungsrechte.

1. Einfluß von Kennen, Kennenmüssen und späterem Bemerken von Überopfern und Mindernutzen.

Die Beachtung seiner Enttäuschung ist für den Betroffenen ein starkes Entgegenkommen. Darum treffen ihn auf der anderen Seite bei der Ausübung der ihm gegebenen Rechte große Sorgfaltspflichten und -lasten.

Wenn der Betroffene schon bei Vertragsschluß die Schädlichkeit des Vertrages kannte, dann ist er überhaupt nicht enttäuscht und darum nicht schutzwürdig. Wenn er die Enttäuschung beim Vertragsschlusse hätte voraussehen müssen, dann wird in der Regel seine Enttäuschung nicht beachtlich sein (darüber später Näheres), jedenfalls aber trifft ihn eine Haftung auf das Vertrauensinteresse aus culpa in contrahendo.

Wenn der Betroffene die Enttäuschung später bemerkt, so hat er als pater diligens unverzüglich dem Gegner Mitteilung zu machen. Unterläßt er dies, so kann man darin einen sogen. stillschweigenden Verzicht auf seine Gestaltungsrechte auf Abänderung und Aufhebung des Vertrages sehen. Besser wird man sagen, diese Rechte stünden unter der Last der genannten Mitteilung und gingen also bei deren Unterlassung verloren. Man kann bei Würdigung der Umstände auch weniger weitgehend annehmen, der Betroffene habe durch Unterlassung der Mitteilung nur eine Sorgfaltspflicht verletzt, sei also, soweit dadurch ein Schaden entstanden sei, ersatzpflichtig. — In gewissen krassen Fällen erfordert der Schutz des Gegners eine Mitteilung nicht; eine solche kann dann ohne Schaden unterbleiben. Wenn nämlich die Schädigung durch das unveränderte Festhalten an dem Vertrage für den Betroffenen offensichtlich so erheblich ist, daß der Gegner auf seine Beständigkeit nicht vertrauen durfte. — Weiß aber der Betroffene bei Erbringung seiner Leistung, daß sie mit Überopfern verknüpft ist, oder bei Entgegennahme der Gegenleistung, daß sie mindernützig sei, so pflegt man die in diesem Zeitpunkt bestehende Mitteilungspflicht Vorbehaltspflicht zu nennen. Für sie gilt das allgemein zur Mitteilungspflicht Gesagte (bei Unterlassung: Rechtsverlust, möglicherweise nur Schadensersatz; in besonderen Fällen nicht nötig).

Aber man wird noch etwas weiter gehen müssen. Der Betroffene hat auch die Folgen zu tragen, wenn er fahrlässigerweise verspätet bemerkt, daß die unveränderte Durchführung des Vertrages ihn schädige;

d. h. ihn trifft die Pflicht, darauf zu achten, ob eine Enttäuschung ihn treffe, um dies dem Gegner möglichst zeitig mitteilen zu können. Verletzt er diese Pflicht schuldhaft, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu tragen.

Bei Würdigung der Umstände kann man darüber hinaus zu dem Urteil kommen, der Betroffene habe nunmehr seine Gestaltungsrechte, die er nur unter der Last sorgfältiger Ausübung hat, verloren. Die Anforderungen an die Sorgfalt sind nach den Umständen verschiedene; unter Kaufleuten sind sie am größten.

2. Verlust durch reinen Zeitablauf.

Aber auch ohne Rücksicht auf Kennen und Kennenmüssen verliert der Betroffene seine Rechte auf Ausgleich und Rücktritt, wenn er sie nicht binnen angemessener Frist ausübt. Theoretisch ist dies durch folgende Erwägungen zu rechtfertigen. Die Ausgleichsrechte verdanken ihre Entstehung der von einem Vertragsgenossen auf den anderen zu nehmenden Rücksicht; aber auch die Ausgleichsrechte selbst stehen unter einer starken Rücksichtslast. Der Betroffene hat seinerseits wieder das Vertrauen des anderen Teils auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrages zu respektieren, wenn dieser, insbesondere weil eine bestimmte Zeit vorübergegangen ist, sich auf die unveränderte Gültigkeit verlassen und darauf weitergebaut hat. Man wird darum der Natur der fraglichen Gestaltungsrechte am besten gerecht durch folgende Auffassung: sie sind keine ewiglebenden Geschöpfe, die nur aus besonderen Gründen eines unnatürlichen Todes sterben, sondern sie unterliegen den allgemeinen Gesetzen des Werdens und Vergehens, sie haben eine von vornherein begrenzte Lebensdauer, und sie sterben nach einiger Zeit, wenn sie nicht schon vorher aus besonderen Gründen eines unnatürlichen Todes verstorben sind, ohne weiteres Hinzutun eines natürlichen Todes aus Altersschwäche; juristisch ausgedrückt: sie entstehen nicht unbegrenzt, so daß besondere Beendigungsgründe eintreten müßten, sondern sie entstehen von vornherein nur für eine begrenzte Dauer; sie sind, auf den Begriff gebracht: von vorneherein auf eine angemessene Frist befristete Rechte. Je nach Abstammung und Verhältnissen ist die Lebensdauer eine längere oder kürzere.

Zusammenfassend ist also zu sagen: diese Gestaltungsrechte, die ihre Entstehung der Rücksicht des Vertragsgenossen auf die eigenen Interessen verdanken, sind ebenfalls durch die schuldige Rücksicht auf diesen Vertragsgenossen begrenzt: sowohl nach ihrem Inhalt, wie nach der Art und der Dauer ihrer Geltendmachung.

3. Einwirkung von Verzug.

Ist eine Leistung mit Überopfern verknüpft oder eine Gegenleistung mindernützig und wäre dies nicht der Fall, wenn der Betroffene nicht in Leistungs- bzw. Annahmeverzug gekommen wäre, so kann sich der Betroffene auf die Enttäuschung insoweit nicht berufen, als sich durch ihre Berücksichtigung die Lage des Gegners gegenüber der ohne Eintritt des Verzuges verschlechtern würde.

V.

Zusammenfassender Hinweis auf die Bedeutung des Systems für die Dogmatik des Privatrechts.

Zum Schlusse dieses hauptsächlich apriorischen, naturrechtlichen Abschnitts der Arbeit soll, um die richtige Einstellung zu dem folgenden zu gewinnen, kurz auf die Bedeutung dieses Versuches eines Systems zur Regelung der Enttäuschung hingewiesen werden. Das nähere wird sich aus der Auseinandersetzung mit Gesetz, Rechtsprechung und Wissenschaft im zweiten Teile der Arbeit ergeben. Hier finden ihren klaren Platz und werden in ihrem Verhältnis zueinander klar die verschiedensten Rechtsbehelfe, die nach Natur und gegenseitigem Verhältnis noch unklar und umstritten sind. Hier findet seinen Platz, was als clausula rebus sic stantibus und weiterhin als Geschäftsgrundlage behandelt worden ist. Es fällt insbesondere die Preissteigerung durch Krieg und Revolution unter den Gesichtspunkt der Enttäuschung durch Mehr- und Überopfer. Die Geldentwertung und die in den Wirren der Inflation und Deflation festgesetzten, nachher als viel zu nieder erkannten Kaufpreise für Grundstücke fallen unter die Enttäuschung durch bloße Nutzenminderung oder durch beachtlichen Mindernutzen.

Auch die Fälle, wo das bürgerliche Recht die Enttäuschung positiv anerkannt hat, lassen sich nunmehr einheitlich erfassen. Diese Fälle sind in der Literatur schon eingehend unter dem Gesichtspunkt der clausula rebus sic stantibus [7]) und der Geschäftsgrundlage [8]) behandelt worden. Hier sei noch insbesondere auf folgendes hingewiesen. Unmöglichkeit oder Unvermögen (ob anfänglich oder nachträglich, wie man zu unterscheiden pflegt, macht in der Behandlung keinen Unterschied) sind Unterfälle der Enttäuschung durch Überopfer. Die Überopfer sind hier (bei Unmöglichkeit), mathematisch gesprochen, unendlich oder (beim

[7]) So Krückmann in ZivA. 116, 157 ff. (1918).

[8]) So Oertmann, Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

Unvermögen) riesige geworden. Das Problem der Unterscheidung von logischer und juristischer Unmöglichkeit ist für diese Anschauung gar nicht gegeben. — Die Gewährschaft für Sachmängel ist ein Unterfall der Enttäuschung durch Mindernutzen. — Geklärt ist insbesondere die Stellung des sogen. Motivirrtums. Für uns ist allerdings das Wesentliche nicht der Irrtum im Motive beim Vertragsschlusse, sondern die spätere Enttäuschung, die aber allerdings eine irrige Beurteilung der Verhältnisse beim Vertragsschlusse voraussetzt. Die Enttäuschung ist aber das Wesentliche auch bei dem, was man als Motivirrtum behandelt. Und die Enttäuschung besteht immer im Eintritt nichterwarteter Opfer oder im Nichteintritt erwarteten Nutzens, und die Frage ist, wann dies beachtlich ist, wann aus den Mehropfern Überopfer werden, aus der bloßen Nutzenminderung ein beachtlicher Mindernutzen wird. Auch die Fälle des § 119 II verteilen sich unter diese beiden Haupttypen; das Gesetz hat hier einen Sonder- und Hauptfall zu fassen versucht. So klärt sich das Problem, ob die Geldentwertung unter dem Gesichtspunkt des § 119 II oder des § 242 zu behandeln sei; das Problem hat keine grundsätzliche Bedeutung: immer handelt es sich um Enttäuschung. Bedeutung hat es nur wegen der anerkannt unglücklichen Regelung in § 119 II und der Folgen der Anfechtung, über die aber eine neuere Rechtsprechung immer mehr hinwegkommt. — Geklärt ist schließlich das Verhältnis von Eigenschaftsirrtum und Sachmängelhaftung beim Kaufe. Beides fällt unter Enttäuschung durch Mindernutzen. Allerdings bleibt die Aufgabe, festzustellen, wann das gegenüber der allgemeinen Regelung dem Käufer günstigere Sonderrecht des Käufers anzuwenden ist; diese Frage ist aber nicht durch Begriffsbestimmungen über die verkehrwesentliche Eigenschaft zu lösen, sondern durch die Erwägung, daß unser Gesetz den enttäuschten Käufer sehr günstig stellen will und wie weit diese Besserstellung gegenüber der sonstigen Enttäuschung zu gehen hat.

B. Wissenschaft, Rechtsprechung, Gesetz und unser System.

I.

Wissenschaft, Rechtsprechung und Gesetz führen zu unserer Lehre von der beachtlichen Enttäuschung mit ihren zwei Grundtypen hin.

1. Konsequente Durchführung der Gedanken Lochers.

Im zweiten Teile der Arbeit gilt es, zu der einschlägigen Literatur Stellung zu nehmen und zur Stütze unserer Lehre von der Enttäuschung heranzuziehen, zu zeigen, daß die zwei Grundtypen der Enttäuschung im Gesetze wohlvorbereitet sind, wenn auch ohne klare Erkenntnis der Zusammenhänge, schließlich, daß die Rechtsprechung, den Bedürfnissen des Lebens gerecht werdend und von überkommenen einengenden Dogmen sich frei machend, auf dem richtigen Wege ist. Dieser Rechtsprechung gilt es, das Dogma zu geben, das der Fülle des Lebens Form und Gestalt gibt, und doch Freiheit läßt für individuelle Behandlung und Anpassung an den Wandel der Bedürfnisse und Anschauungen. —

Zunächst ist der erste Grundsatz: die Enttäuschung einer Partei durch den Nichteintritt eines erwarteten Nutzens oder durch den Eintritt eines nichterwarteten Opfers kann für das Schicksal eines gegenseitigen Vertrages beachtlich werden, ins Auge zu fassen.

Die Geltung dieses Satzes hat im wesentlichen Locher[9]) nachgewiesen. Es gilt seine Lehre nur vollends abzurunden. Lochers Lehre läßt sich auf ganz kurze Sätze zurückführen; wir nehmen seine eigenen Worte[10]). „Die Gefahr der Untauglichkeit des Geschäftes zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses muß grundsätzlich derjenige

[9]) ZivA. 101 S. 1 ff. (Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck).
[10]) S. 12 und 13.

tragen, dessen Bedürfnis befriedigt werden soll. Anders nur dann, wenn der Gegner diese Gefahr übernommen hat." Es „ist die Aufbürdung dieser Gefahr auf die Schultern des Geschäftsgegners dann gerechtfertigt, wenn die Erreichung des Erfolges ... durch übereinstimmenden Parteiwillen Inhalt des Rechtsgeschäfts geworden ist". Die Aufbürdung der Gefahr liegt darin, daß der, dessen Bedürfnis nicht befriedigt wird, die unveränderte Aufrechterhaltung des Vertrages antasten kann. Wenn das Geschäft untauglich ist zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses, so ist das unser Fall der Enttäuschung durch den Nichteintritt eines erwarteten Nutzens. Dieser eine Hauptfall, für den das gute Schlagwort von der Zweckgebundenheit des Geschäftes geprägt wird, schwebt Locher in seiner ganzen Arbeit vor und der Schwesterfall der Enttäuschung durch den Eintritt von Überopfern kommt nicht zu der ihm gebührenden Stellung. Locher sagt zwar[11]), daß die „Frage, welche Opfer den Parteien nach dem Geschäftsinhalte zuzumuten" seien, unter den größeren Gesichtspunkt des Problems von Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck gehöre, behandelt aber die Frage nur als Anhängsel und gibt auch keine grundsätzliche, wenn auch nur formale, Antwort auf die Frage der Grenze zwischen zumutbaren und nichtzumutbaren Opfern, verweist vielmehr auf das Synallagma, womit gar nichts gewonnen ist. Locher sagt: „Der entscheidende Punkt liegt hier nicht in der Bestimmung des bezweckten Geschäftserfolges, sondern in der Begrenzung des einen der beiden Faktoren, deren Produkt der Geschäftserfolg ist, nämlich der bezweckten Geschäftsabwicklung." Das Band mit der Geschäftszwecklehre besteht für Locher in folgender Erwägung: er nennt die Untauglichkeit eines Geschäftes zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses: Unmöglichkeit der Zweckerreichung, echte, logische Unmöglichkeit; diese sei dem Begriffe der Geschäftsgrundlage eigentümlich. Es soll nicht bestritten werden, daß man sich, wenn die Gegenleistung einen erwarteten Nutzen nicht bringt, so ausdrücken kann, obwohl das Operieren mit der Unmöglichkeit, wenn auch der Zweckerreichung, für unser Problem etwas Ominöses bekommen hat. Soche, wenn auch nur relative, Unmöglichkeit der Zweckerreichung soll nun auch vorliegen bei unzumutbaren Opfern. Locher scheint es folgendermaßen sich zu denken: für A läßt sein zum Geschäftszweck gewordener Parteizweck sich nicht erreichen, weil B nur bis zu einer gewissen Kraftanstrengung verpflichtet ist; diese Kraftanstrengung genügt aber nicht zur Herbeiführung des genannten Parteizwecks des A, darum ist dessen Erreichung unmöglich. Daß man die Sache so wenden kann, soll gar nicht bestritten

[11]) S. 90 ff.

werden: aber es ist doch einleuchtend, daß man den Tatsachen damit nicht gerecht wird. Das Wesentliche ist doch nicht, daß der Geschäftszweck des A sich durch die vertraglichen Anstrengungen des B nicht erreichen lasse, sondern eben, daß B übervertragliche Opfer bringen müßte, wenn man ihn zur Leistung zwingen wollte. Die Deduktion Lochers ist nicht nur ein unnötiger Umweg, sondern eine Verschleierung des wirklich Maßgebenden. Die Enttäuschung des B, daß er seine Gegenleistung nicht bekommen kann, ist für Locher das, was das Schicksal des Vertrages beeinflußt. Das ist aber doch erst die sekundäre Folge der Beachtlichkeit der Überopfer. Das Primäre, Entscheidende ist die übermäßige Belastung des A, seine Enttäuschung durch den Eintritt nichterwarteter Opfer führt zur Abänderung oder Auflösung des Vertrages! Locher kommt zu seiner Konstruktion, weil er nur von der Nichterreichung eines erstrebten Zweckes, Nutzens ausgeht, er den Eintritt eines nichterwarteten Opfers nicht als selbständige Fallgruppe erkennt und darum gezwungen ist, diese Fälle in den für ihn einzigen Paralleltyp einzuzwängen. Dies bedeutet aber eine Vermengung klar unterscheidbarer Tatbestände. Klare und saubere Unterscheidung ist aber nicht bloß ästhetisches Bedürfnis, sondern erleichtert auch die Subsumption und die Rechtsanwendung. Wir müssen erkennen, daß eine Schädigung von Interessen beim gegenseitigen Vertrage nicht bloß dadurch möglich ist, daß die Gegenleistung nicht den erwarteten Nutzen bringt, sondern auch dadurch, daß die Leistung unerwartete Opfer erfordert. Darum darf vielleicht die Lehre Lochers etwas berichtigt werden, indem wir den Begriff des Geschäftszweckes erweitern: durch übereinstimmenden Parteiwillen kann nicht bloß das Interesse einer Partei, einen gewissen Nutzen zu erreichen, sondern auch das Interesse einer Partei, gewisse Opfer nicht bringen zu müssen, Inhalt des Vertrages, Geschäftszweck, wenn man so will, werden. Während nun allerdings der erstrebte Nutzen eben als erstrebte psychologische Realität ist (während die Grenze der Nichtbeachtlichkeit und Beachtlichkeit der Nichterreichung des Nutzens eine normative, eben durch den übereinstimmenden Parteiwillen festgesetzte, ist), müssen die Opfer, damit die Frage der Beachtlichkeit überhaupt aufgeworfen werden kann, Nichterwartete sein, aber auch hier ist das erste eine psychologische Feststellung, so daß wir auch hier festen Boden bekommen: festzustellen ist, mit welchen Opfern psychologisch gerechnet wurde, alle andern sind dann die Nichterwarteten. Und die normative Grenze der Nichtbeachtlichkeit und Beachtlichkeit des Eintritts vom Betroffenen nichterwarteter Opfer gibt der sogen. übereinstimmende Parteiwillen [12]).

[12]) Was hier wie auch oben in der Regel eine Fiktion ist; darüber später Näheres.

Wir dürfen also vielleicht die oben angeführten Worte Lochers dahin erweitern: die Gefahr einerseits der Untauglichkeit des Geschäfts zur erstrebten Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses wie auch andererseits der Erbringung nichterwarteter Opfer muß grundsätzlich derjenige tragen, dessen Bedürfnis befriedigt werden bzw. der die Leistung erbringen soll. Anders nur dann, wenn der Gegner diese Gefahr übernommen hat. Dies ist dann der Fall, wenn die Befriedigung des Bedürfnisses bzw. die Nichterbringung der nichterwarteten Opfer durch übereinstimmenden Parteiwillen Vertragsinhalt geworden ist. Ebenso wäre die begriffliche Formulierung der Geschäftsgrundlage entsprechend zu ergänzen: Geschäftsgrundlage ist die Gesamtheit derjenigen Umstände, ohne deren Vorhandensein, Fortbestand oder Eintritt bei Festhalten an dem Geschäft der mit dem Geschäft nach seinem Inhalt erwünschte Erfolg (Nutzen) nicht erreicht oder ein nach dem Inhalte des Geschäftes nicht erwünschter Erfolg (Opfer) erreicht wird, alles trotz ordnungsmäßigen Abschlusses und ohne von einer Partei zu vertretende Störungen der Abwicklung des Geschäftes. — So führt also die konsequente Durchführung der Gedanken Lochers dazu: wir haben zwei Grundtypen von Enttäuschung bei gegenseitigen Verträgen: Enttäuschung auf der Seite der Leistung, in dem nichterwartete Opfer aufzubringen sind, und Enttäuschung auf der Seite der Gegenleistung, indem sie den erwarteten Nutzen nicht in vollem Maße bringt. Die Enttäuschung ist beachtlich, um uns zunächst noch mit den Worten Lochers auszudrücken, wenn nach dem Inhalte des Vertrages die Opfer nicht erbracht, der Nutzen erlangt werden soll.

2. Die Rechtsprechung des RG.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts bewegt sich durchaus in Bahnen, die zur Anerkennung der Enttäuschung hinführen; d. h. wir haben im folgenden versucht, den sachlichen Inhalt der gegebenen Entscheidungen unter ein einheitliches Formulierungssystem zu bringen.

a) Die Vorkriegsrechtsprechung.

Die Vorkriegsrechtsprechung hatte unser Problem nahezu gelöst[13]). Besonders deutlich führt RG. JW. 1913, 194 aus: Eine Veränderung in den Verhältnissen eines Teiles sei im allgemeinen unbeachtlich. „Im einzelnen Falle können aber die gesamten Umstände ergeben, daß eine mit dem Vertragszweck unvereinbare Beeinträchtigung der Lage des andern Teils eintreten würde, wenn er trotz der veränderten Umstände

[13]) Vgl. schon RGE. 60, 56; in RG. JW. 1914, 296 ist die vorhergehende Rechtsprechung zitiert.

zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses gezwungen würde. Ob ein solcher Fall vorliegt, ist in Anwendung der Grundsätze der §§ 133, 157 BGB. nach dem Zweck und Inhalt des Vertrages, wie er sich bei einer den Erfordernissen von Treu und Glauben entsprechenden und die Verkehrssitte berücksichtigenden Auslegung ergibt, zu beurteilen." Also: es ist für das Schicksal eines Vertrages beachtlich, wenn bei Festhalten an dem ursprünglichen Vertrage „eine mit dem Vertragszweck unvereinbare Beeinträchtigung der Lage des anderen Teils eintreten würde". Die Beeinträchtigung kann, wie ich hinzufügen möchte, auf der Seite der Opfer oder des Nutzens eintreten. Ob sie beachtlich ist, beurteilt sich nach den verfolgten Zwecken, aber nur nach denen, die „Vertragszweck", „Inhalt des Vertrages" geworden sind. Es hat etwas Verblüffendes, wie hier das Wesentliche der Lehre Lochers schon ausgesprochen ist; zu eng, aber wohl aus den dem Reichsgericht vorliegenden Fällen zu erklären, ist nur, daß die Beeinträchtigung durch veränderte Umstände hervorgerufen sein müßte. Bemerkenswert ist, daß § 242 BGB. nicht erwähnt wird.

b) Die Rechtsprechung zur Leistungserschwerung infolge des Krieges und zur Geldentwertung.

Die Vorkriegsrechtsprechung wurde mit Kriegsbeginn in betont schroffer Weise wohl im Interesse stabiler Verhältnisse verlassen. Doch mußte die Rechtsprechung unter dem Einfluß der abnormen Zeitverhältnisse noch viel mehr als früher sich mit unserem Problem beschäftigen, zunächst mit der Preissteigerung — einer Enttäuschung auf der Opferseite, späterhin mit der Geldentwertung — einer Enttäuschung auf der Seite des Nutzens. Sie hat dabei den Ausgang nicht von der mit dem Vertragszweck unvereinbaren Beeinträchtigung genommen, vielmehr war die Entwicklung folgende, wie sie RG. JW. 25, 1377 unter Anführung der zugehörigen Rechtsprechung meisterhaft schildert: „Die Clausulalehre auf diesem Gebiet hat ihren Ausgang von der Unmöglichkeit der Erfüllung genommen, indem der echten Unmöglichkeit der Fall der sogen. wirtschaftlichen Unmöglichkeit gleichgestellt wurde. Man ist dann dazu übergegangen, die Rechtslage mehr aus dem Gesichtspunkte der §§ 157, 242 BGB. zu betrachten, forderte anfangs, daß die Erfüllung den Lieferungsschuldner geschäftlich zugrunde richten würde, ging aber schließlich zu einer milderen Auffassung über. Es sollte zur Befreiung von der Lieferpflicht ausreichen, wenn infolge allgemeiner Umgestaltung der gesamten Verhältnisse zwischen Vertragsschluß und Lieferungstermin — sei es im gesamten Verkehrsleben, sei es in dem betreffenden Handels- oder Industriezweig — die Lieferung ihrem wirtschaftlichen Inhalt nach als eine völlig andere erscheinen

und für den Unternehmer oder Verkäufer eine so erhebliche wirtschaftliche Schädigung bedeuten würde, daß ihm nach Treu und Glauben die Lieferung nicht mehr zugemutet werden könne. Einen erheblichen Schritt weiter ging das Reichsgericht in seinem Urteil vom 3. 2. 1922 (RGE. 103, 328), wo zum ersten Male der Gedanke auftritt, daß der Lieferungsschuldner bei der gekennzeichneten Sachlage nicht schlechthin befreit werde, sondern daß diese Wirkung erst dann eintrete, wenn er zuvor dem Lieferungsgläubiger Gelegenheit gegeben habe, die Geldleistung zu erhöhen. Ein wirklicher Aufwertungsanspruch des Lieferungsschuldners aber ist erst in dem Urteil vom 6. 8. 1923 (RGE. 106, 422) grundsätzlich anerkannt worden." Dazu ist noch hinzuzufügen: in RGE. 103, 177 ff. hatte das Reichsgericht seine Entscheidung auf den Gedanken des Synallagma aufgebaut. Dieser kann aber keine Stütze abgeben[14]). Das sogen. funktionelle Synallagma beim gegenseitigen Vertrage bedeutet nur: wenn die Rechtsordnung, aus irgendwelchen Gründen auf die eine Leistungspflicht verändernd oder aufhebend einwirkt, dies auch für die Gegenleistungspflicht bedeutsam ist; ob aber die Rechtsordnung in dem genannten Sinne auf eine Leistungspflicht einwirke und wann, ist nicht gesagt. Auf den Gedanken der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung hat das RG. seine Entscheidung in RGE. 103, 328 ff. gestützt[15]). Dazu ist aber zu sagen, was schon zu Beginn der Arbeit über die Mißverhältnislehre des RG. gesagt wurde. Das RG. ist schließlich dem hier vertretenen Gedanken, daß das wesentliche die Erschwerung der Leistung oder die Minderung des Nutzens der Gegenleistung sei, wobei das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nur einen Erkenntnisgrund für die Beachtlichkeit dieser Erscheinung bildet, nicht sehr ferne und erkennt auch die zwei Grundtypen, wenn es in RGE. 107, 124 ff. sagt: Es habe sich gehandelt „bei der bisherigen Beurteilung in der Regel um die Erschwerung der Leistung des Verkäufers oder Werkunternehmers, während der Gesichtspunkt der Geldentwertung dazu führt, die Gegenleistung des Käufers oder Bestellers für derartig wirtschaftlich erleichtert anzusehen, daß die Erleichterung die gleiche Wirkung, nämlich die Verneinung der Zumutbarkeit der Leistung, hervorbringen muß".

Es sei gestattet, hier eine kurze Bemerkung speziell zur Aufwertung einzuschalten. Man darf als herrschende Lehre bezeichnen die

---

[14]) So auch Endemann in JW. 1921, 8 ff. und RGRKomm. zu § 242 BGB. 1 I d.

[15]) Mit dem Gedanken des Äquivalentes argumentiert das RG. schon RGE. 22, 147 (Branntweinsteuerfall). Gegen die Verwendung des Äquivalenzgedankens spez. bei der Aufwertung A. Roth in Die Aufwertung, Berlin 1925, S. 10 und Anm. 18, der aber dann von einer volkswirtschaftlichen Äquivalenz spricht. Modifizierte Verwendung durch Locher S. 70 f.

Unterscheidung von „eigentlicher Aufwertung“ und von „Wertansprüchen“[16]; unter ersteres fallen beispielsweise Darlehensforderungen, zu den letzteren gehören Unterhaltsansprüche. Diese Unterscheidung ist sachlich sicher fruchtbar, aber nicht scharf gefaßt. Alle Geldansprüche sind Wertansprüche; sonst könnte man ja nicht aufwerten. So spricht denn auch das RG. in RGE. 116, 314ff. von einem „unbilligen Mißverhältnis zwischen der im Vertrage zugrunde gelegten Wertleistung und dem diese zum Ausdruck bringenden Währungsbetrage“. Der Unterscheidung liegt in Wahrheit folgender Unterschied zugrunde: bei den sogen. Wertansprüchen ist das durch die Geldleistung zu wahrende Interesse, der Nutzen, konkret umschrieben, z. B. daß der Unterhaltungsberechtigte tatsächlich von der Geldleistung auch in der vertraglichen oder gesetzlichen Weise leben kann; in den anderen Fällen dagegen ist kein konkretes Interesse zu wahren, sondern man soll einen abstrakten Wert, eine gewisse Kaufkraft erhalten. Man würde also besser unter Abstellung auf das zu wahrende Interesse konkrete und abstrakte Wertansprüche unterscheiden.

c) Die Rechtsprechung zu Verträgen, die in der Begriffsverwirrung der Inflation geschlossen wurden.

Weiter bewährt sich unsere Lehre an den Verträgen, die unter der Begriffsverwirrung der Inflations- und Deflationszeit geschlossen wurden und bei denen sich dann später zeigte, daß der Geldgläubiger viel zu wenig erhält — Enttäuschung durch Mindernutzen. So hat das OLG. Dresden[17]) folgenden, nicht vereinzelt dastehenden Fall entschieden: Im September 1922 war eine Vereinbarung getroffen worden, wonach ein Verfasserhonorar nach Maßgabe des Dollarkurses steigen oder fallen sollte; nach der Stabilisierung zeigt sich, daß der Verfasser weitaus kein angemessenes Honorar erhält; es wird erhöht, weil die Vereinbarung ihren Zweck, die Vergütung des Verfassers der Kaufkraft des deutschen Geldes einigermaßen anzugleichen, völlig verfehlt habe. — Besonders bedeutsam ist hier aber die Rechtsprechung über den sogen. Ausgleichsanspruch des Hypothekenschuldners gegen den Erwerber seines Grundstückes. Wir gehen von folgendem Falle aus: vor dem Aufwertungsgesetze wurde ein Grundstück gegen GM. verkauft und aufgelassen; im vorgedruckten Kaufvertrage steht die übliche Klausel: hypothekenfrei (oder auch nicht, § 439 II BGB.); es waren Vorkriegshypotheken in der Inflationszeit bezahlt und gelöscht worden; dinglich

---

[16]) Vgl. Stoll in JW. 1927, 1810, mit Angabe von Literatur und Rechtsprechung.

[17]) in Ring, Aufwertungsrechtsprechung 1927, 634.

können sie wegen gutgläubigen Erwerbes nicht mehr aufleben; dagegen bestehen persönliche Aufwertungsforderungen gegen den Veräußerer, die möglicherweise seinen erzielten Kaufpreis übersteigen. Das RG. entscheidet: der Veräußerer kann in krassen Fällen an den Erwerber herantreten, einen Beitrag zur Befriedigung der persönlichen Aufwertungsforderungen zu geben; lehnt der Erwerber dies ab, so kann der Veräußerer zurücktreten[17a]).

Das RG. operiert mit seiner Mißverhältnislehre. Diese ist aber aus zwei Gründen nicht anwendbar. Erstens stellt die Bezahlung der Aufwertungsschulden durch den Veräußerer keine Leistung an den Erwerber dar[18]); diese Bezahlung berührt ihn nicht, da eine dingliche Aufwertung wegen seines gutgläubigen Erwerbes ausgeschlossen ist. Zweitens ist es feststehende Ansicht, daß das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben müsse und daß es nicht darauf ankommt, daß nach heutiger Erkenntnis der Dinge der Kaufpreis ein auffallend niederer war[19]). Der kurz nach der Stabilisierung ausgemachte GM.-Preis war aber damals ein angemessener und erst heute erscheint er uns zu niedrig[20]) [21]). Und dieser zu niedrige Kaufpreis, der, wie sich nachträglich herausstellt, viel zu geringen Nutzen abwirft, wird nunmehr in besonders krassen Fällen für das Schicksal des Vertrages bedeutsam. Es läßt sich auch gar nicht einsehen, warum die Ausgleichspflicht nur bei Aufwertung der Hypothekenforderung entstehen soll; die Interessenlage ist genau dieselbe, wenn der Veräußerer etwa nachträglich ungesicherte Darlehensforderungen (und zwar Darlehen, die er zwecks seinerseitigen Erwerbes des weiterverkauften Grundstücks aufgenommen hatte) aufzuwerten hat[22]) [22a]). Es handelt sich hier um eine ungemein weitgehende An-

---

[17a]) Neuerdings gibt RG. JW. 1928, 1805 einen wirklichen Ausgleichsanspruch! vgl. unten Anm. 73 a.

[18]) So nimmt das RG. in JW. 1928, 1200[3] an!

[19]) So ausdrücklich und ganz allgemein RG. in LZ. 1928, 550.

[20]) Die geringen Grundstückspreise damals beruhten auf den durch die Zwangswirtschaft niedrig gehaltenen Mieten; vgl. RGE. 119, 133, 136 ff.

[21]) Zu beachten ist, daß damals der Geldwert im Inlande ein erheblich höherer war als heute; vgl. dazu RG. in JW. 1928, 719 a. E.

[22]) So auch Abraham in JW. 1928, 886 VI.

[22a]) RGE. 116, 255 ff. und RG. JW. 1928, 1357[14] (dazu Krombach und Emmerich in JW. 1928, 1790) geben dem „Käufer" einer Papiermarkhypothek, der ein Vielfaches des Nennbetrages bezahlte und dadurch aber durch eine ausdrückliche Abmachung die mit der Hypothek verbundenen Aufwertungsansprüche durch Abtretung miterworben hat, zum Ausgleich der durch die nachfolgende gesetzliche Regelung entstandenen Unbilligkeit einen bestimmten Ausgleichsanspruch. Ich schließe mich hier ganz der Kritik Emmerichs an.

erkennung der Beachtlichkeit einer Enttäuschung durch Mindernutzen. Dies kommt in den RG.-Entscheidungen nicht klar zum Ausdruck, da immer von besonderen, durch die Aufwertungsgesetzgebung hervorgerufenen Opfern des Veräußerers die Rede ist; das Entscheidende aber ist, daß der Veräußerer einen nach heutiger Anschauung viel zu geringen Preis für sein Grundstück erhalten hat.

Damit ist in umfassender Weise in der Rechtsprechung anerkannt, was man cl.r.s.st., Geschäftsgrundlage, Geschäftszweck nannte und was ich unter dem Gesichtspunkte der beachtlichen Enttäuschung in ihren zwei Haupttypen zusammenfassen möchte[23]). Es gilt, diese Rechtsprechung nicht in Kasuistik ersticken zu lassen, sie als Ausnahmerecht von Krieg, Revolution und Inflation aufzufassen[24]), sondern eine Gesamtlösung zu finden und sie in das System des bürgerlichen Rechtes einzubauen.

d) Die Rechtsprechung zu Mischfällen.

Noch ein Wort zu den Mischfällen, d. h. wo Enttäuschung auf der Seite der Leistung wie der Gegenleistung zusammentreffen. Diese Fälle beschäftigten das RG. sowohl beim Übergang von der Preissteigerung infolge des Krieges zur Geldentwertung wie später beim Übergange von der Geldentwertung zur Deflationswirtschaft. Letzterer Fall liegt der Meinungsverschiedenheit der Zivilsenate des RG. zugrunde[25]), die in der Entscheidung VZS. vom 31. 3. 1925 in RGE. 110, 371 ff. zum Austrage kam. Die VZS. billigten die Ansicht des I. und II. Senates, wonach Großhandelsgeschäfte aus der Inflationszeit auch nach der Stabilisierung noch insbesondere vom Käufer zu erfüllen sind, während der VI. Senat in weitem Umfange hatte Rücktritt zulassen wollen. Der VI. Senat hatte erkannt, daß es sich für den Käufer nicht bloß um Ausgleich der Geldentwertung, sondern auch um Zahlung eines wirklich erhöhten Kaufpreises handele, da die Preise im Inlande 1920 bis 1923 viel zu niedrig waren. Auch die VZS. verkennen dies an sich nicht, sondern sprechen klar aus: „Diese derzeit in Deutschland bestehenden niedrigen Preise sind die Quelle der heute zu lösenden Zweifel"; sie sind sich auch klar, daß sie nicht allein die Währung korrigieren, sondern unter Heranziehung des heutigen höheren Marktpreises

---

[23]) Einer weiteren Quelle für unsere Auffassung, der Rechtsprechung des RG. zum sogen. Kalkulationsirrtum, beiderseitigen Irrtum, Eigenschaftsirrtum nach § 119 II BGB. und überhaupt Motivirrtum, was alles auch unter dem Gesichtspunkt der Enttäuschung zu bringen ist, wird ein besonderes Kapitel gewidmet werden.

[24]) So Roth in Die Aufwertung.

[25]) Zusammenstellung durch Plum in JW. 1925, 2684 ff.

einen wirklich erhöhten Kaufpreis einsetzen, aber sie kommen nicht zu dem Schlusse, daß es sich um einen Vertrag mit zwei verschiedenen Krankheiten handle, deren jede ihrer besonderen Behandlung bedarf, sondern Vermengung alles unter Abstellung auf § 242 BGB., d. h. sie behandeln den Fall nur unter dem Gesichtspunkte der Aufwertung. Dabei entstanden doch gewisse Bedenken, wie sich aus dem Satze ergibt: „Insbesondere sind Bedenken aus dem Begriffe der Aufwertung nicht zu entnehmen, da die Aufwertung ein rechtlich definierter Begriff überhaupt nicht ist." Sehr richtig sagt Abraham[26]) in seiner ausgezeichneten Kritik der Entscheidung der VZS., es habe „das RG. zu Unrecht ein völlig neues Problem, nämlich die juristische Würdigung des Überganges aus der Inflationszeit zur Stabilisierungsperiode in den Rahmen des Aufwertungsgedankens eingespannt". Das unbillige Ergebnis ist, daß der Lieferant einen Anspruch auf einen erhöhten Kaufpreis bekommt, statt daß der Besteller (Käufer) nur Gelegenheit hat, gegen Bezahlung eines erhöhten Preises die Lieferung sich zu erhalten, andernfalls der Lieferant nur zurücktreten kann. — In LZ. 1925, 646[1] hatte das Reichsgericht das Richtige erkannt, wenn es ausführte: „Die Aufwertung vermag nicht in allen Fällen zu einem angemessenen, dem § 242 Rechnung tragenden Ergebnis zu führen. Sie versagt, wo nicht die Geldentwertung, sondern (neben ihr oder allein) andere Veränderungen die Lieferungspflicht als eine dem Vertrage gegenüber wesentlich erschwerte erscheinen lassen."[27])

Schließlich ist noch der Nachweis zu bringen, daß bei Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktritts die Kündigung ex nunc tritt, und zwar von dem Moment ab, wo die Unzumutbarkeit eintritt. Dies ist vom RG. in RGE. 103, 328 ff. anerkannt und entspricht auch seiner sonstigen Rechtsprechung, wie sie zum Rücktritt aus den §§ 325, 326 BGB. ausgebildet wurden[28]), und entspricht weiterhin der Theorie der Dauerschuldverhältnisse[29]).

3. Die Keime zu unserer Lehre im BGB.

Die Keime zu unserer Lehre sind schon ganz allgemein im Gesetz vorhanden. Allgemeine Bedeutung hat die Anerkennung der Enttäuschung auf der Seite der Leistung bei der Lehre von der Unmöglichkeit und dem Unvermögen gefunden; die Anerkennung der Enttäuschung

---

[26]) in JW. 1925, 1343; Weiteres in JW. 1925, 2595.
[27]) Klar unterscheidet in diesem Sinne Zeiler in JW. 1925, 420.
[28]) Vgl. bes. RGE. 65, 37 f.; 78, 388.
[29]) Gierke in DogmJ. 64, 390 f.; Müller-Erzbach in DJZ. 1904, 1158; Oertmann in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts IV 2 S. 346 f.

auf der Seite der Gegenleistung bei der Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe.

a) Unmöglichkeit und Unvermögen als Grundfälle der Enttäuschung durch Überopfer.

Ist eine Leistung unmöglich, so ist sie mit irgendwelchen Opfern nicht mehr erreichbar; die Opfer gehen hier, mathematisch ausgedrückt, ins Unendliche; eine Sanierung ist hier unmöglich; darum ipso iure Wegfallen der Leistungs-, und dann kraft des Synallagmas auch der Gegenleistungspflicht. — Unvermögen haben wir, wenn speziell der Schuldner, auch mit in das Unendliche gehenden Opfern, die Leistung nicht erbringen kann. Solche Fälle sind denkbar, z. B. eine verkaufte fremde Sache ist um alle Schätze der Welt vom Eigentümer nicht zu bekommen[29a]); dann ist die Regelung wie bei einer unmöglichen Leistung gerechtfertigt. Aber praktisch sind solche Fälle nicht[29b]); vielmehr ließe sich mit, wenn auch riesigen, Opfern praktisch jede nicht unmögliche Leistung erbringen. Diese handgreiflichen Fälle: unendliche Opfer (Unmöglichkeit) und riesige Opfer (Unvermögen) hat das Gesetz erfaßt; eine feinere Durchbildung muß aber auch noch die nichtzumutbaren Opfer erkennen. Locher bestreitet, daß die Unmöglichkeit der Leistung in den Zusammenhang der Geschäftszwecklehre gehöre[29c]). Aber haben wir bei Unmöglichkeit der Leistung nicht auch eine Unmöglichkeit der Zweckerreichung? Letzteres, der oberste Gesichtspunkt von Lochers Geschäftszwecklehre, ist auch hier das Entscheidende! Die Enttäuschung tritt dadurch ein, daß die Erbringung der Leistung mich unendliche, riesige, nichtzumutbare Opfer kosten würde[30]). Ob Unmöglichkeit, Unvermögen, Nichtzumutbarkeit anfänglich oder nachträglich eintreten, ist gleichgültig; insbesondere befreit den Schuldner, entgegen der herrschenden Lehre, auch unverschuldetes[31]) anfängliches

---

[29a]) und Stehlen und Rauben hätte keinen Wert wegen § 935 I BGB.

[29b]) Krückmann in ZivA. 116, 368 f. hält das Unvermögen überhaupt für eine rein doktrinäre Erfindung. Verteidigt wird es von Siber-Planck in Vorbem. III 2 b zu §§ 275—292; aber Siber bekennt doch: „Allerdings wird eine Befreiung durch Unvermögen weit seltener sein als eine solche durch unverhältnismäßige Erschwerung der Leistung."

[29c]) a. a. O. S. 83: die anfängliche Unmöglichkeit gehöre zum mangelhaften Geschäftsschluß; S. 89: die nachträgliche Unmöglichkeit gehöre unter die nicht ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung.

[30]) Für Zusammenhang mit der cl. r. s. st. Krückmann in ZivA. 116, 368 ff.; vgl. auch Stampe in ZivA. 110, 212; vgl. auch Art. 377 ALR.

[31]) wovon allein hier die Rede ist.

Unvermögen[32]). Schadensersatz kommt nur unter den Gesichtspunkten der Garantie oder der culpa in contrahendo in Betracht. — Die Rechtsprechung, die zunächst die Fälle der Nichtzumutbarkeit, der Enttäuschung durch Überopfer unter dem Gesichtspunkte der Unmöglichkeit, die dann wirtschaftliche genannt würde, behandelte, war durchaus von dem richtigen Empfinden der tieferen Zusammengehörigkeit der Unmöglichkeit und der Nichtzumutbarkeit getragen; aber eine Differenzierung ist allerdings erforderlich wegen der Verschiedenartigkeit der Folgen, die im einen und anderen Falle angemessen sind[33]).

b) Die Sachmängelgewähr beim Kaufe als Grundfall der Enttäuschung durch Mindernutzen.

Die Regelung der Sachmängelgewähr beim Kaufe scheint mir nicht ein beliebiger positiv rechtlicher Sonderfall der Anerkennung der Enttäuschung durch Mindernutzen, vielmehr scheint mir hier das allgemeine Prinzip Anerkennung gefunden zu haben. Die allgemeine Anerkennung dieses Falles der Enttäuschung scheint mir nur die notwendige Ausbreitung des alten Gewährschaftsgedankens der ädilizischen Ansprüche. Sie genügten für eine einfachere Wirtschaft, in der der Verkehr sich im wesentlichen in den Formen von Kauf bewegte; ein entwickelterer Verkehr erfordert die Ausbreitung des Gedankens der Gewährschaft dahin, daß die Gegenleistung bei allen gegenseitigen Verträgen den nach dem Vertrage vorausgesetzten Nutzen zu bringen habe.

Ich gehe mit der herrschenden Lehre davon aus, daß beim Spezieskauf[34]) der Verkäufer sich im Kaufvertrage nicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet[35]). In meiner Sprache: der Verkäufer einer fehlerhaften Sache liefert und handelt vertragstreu und die Gewährschaft gründet sich nur auf die Rücksicht auf die Enttäuschung des Käufers. Damit findet die Sachmängelgewähr, mit der die Dogmatik

---

[32]) So auch Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerl. Recht S. 247 ff., und Schuldverhältnisse in der Kohlrausch-Kaskelschen Enzyklopädie 1. Aufl. (1923) S. 28.

[33]) Darüber unten Näheres.

[34]) Miete und Werkvertrag lasse ich hier weg, weil bei ihnen es nicht so sicher ist, ob es sich um eigentliche Gewährschaft oder um Vertragspflicht handelt; jedenfalls wäre Entsprechendes wie beim Kaufe zu sagen.

[35]) Dagegen Titze in Schuldverhältnissen in der Kohlrausch-Kaskelschen Enzyklopädie und JW. 1927, 2964 des RG. hat sich ganz nebenbei, wohl ohne dem weittragendere Bedeutung zuzusprechen, in JW. 1927, 57, im Sinne Titzes ausgesprochen, wenn er sagt: bei einem Sachmangel habe der Verkäufer „nicht schuldgerecht erfüllt"; es handelt sich „um einen objektiv rechtswidrigen Verstoß gegen eine wesentliche Vertragspflicht".

bisher nichts rechtes anzufangen wußte, ihre richtige dogmatische Einordnung[36]).

Die grundsätzliche, weitreichende Bedeutung des Gewährschaftsgedankens hat schon Lenel im Jahre 1892 (im ZivA. 79, 105) im Zusammenhange mit der Kritik der Windscheidschen Lehre von der Voraussetzung hervorgehoben: Es scheint mir dies so bedeutsam, daß ich mir eine teilweise Wiederholung erlaube. Er führt zu der Sachmängelgewähr beim Kaufe aus: „Will man diese bekannten Sätze auf ein Prinzip zurückzuführen, so kann es nur dies sein: Es gibt Eigenschaften, die der Käufer nach der durch Treu und Glauben bestimmten Verkehrsauffassung auch ohne besondere Zusage an der Kaufsache vorauszusetzen dem Verkäufer gegenüber berechtigt ist; fehlen der Sache solche Eigenschaften wesentlicher Art, so kann auf Auflösung des Vertrages oder Preisminderung geklagt werden, es sei denn, daß der Käufer schon beim Kaufe den Mangel jener Eigenschaften kannte. Aus diesem Prinzip hat das römische Recht im ädilizischen Edikt eine wichtige Folgerung gezogen; aber das Prinzip verlangt Verwertung und analoge Ausdehnung weit über dies Gebiet hinaus. Schon das war eine Inkonsequenz der Römer, daß sie den Verkäufer zwar für vorhandene Mängel unbedingt, dagegen für Fehlen von Vorzügen nur kraft besonderer Zusage (dicta et promissa) einstehen ließen[37]). Als ob der Käufer nicht unter Umständen gewisse Vorzüge an der Kaufsache auch ohne Zusage genau ebensogut zu erwarten berechtigt sein könnte wie die Abwesenheit gewisser Fehler: Ein innerer Grund, warum das stillschweigend selbstverständliche, das sonst auf dem ganzen Gebiet der bonae-fidei-Kontrakte dem ausdrücklich Erklärten gleichsteht, gerade hier ihm nicht gleichstehen soll, ist schlechterdings nicht ersichtlich. Ich glaube, wir bleiben durchaus im Geiste des römischen Rechts, wenn wir hier über das römische Recht hinausgehen, stillschweigende dicta et promissa anerkennen. Aber sollen wir hier stehen bleiben? Gibt es

[36]) So kommt denn auch Titze zu seiner Ansicht Anm. 35 deshalb, weil er ohne „Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Spezies nicht einzusehen vermag, wie man die Sachmängelhaftung des Verkäufers überhaupt rechtfertigen und begründen will". Die richtige Erkenntnis haben Blume in DogmJ. 55, 212 ff.: „Der Käufer darf wegen eines Sachmangels den Vertrag rückgängig machen, weil er in einer Erwartung enttäuscht wird, die er ... haben durfte", und Krückmann in ZivA. 101, 197 ff.: „Das Gewährschaftsrecht beruht auf dem einfachen Grundgedanken: Bekommt der eine Teil nicht ganz das, was er haben soll, so bekommt auch der andere nicht ganz das, was er haben soll."

[37]) Denselben Fehler macht das BGB., aber vom Standpunkte des allgemeinen Gewährschaftsgedankens kann dem abgeholfen werden. Die Rechtsprechung hat ja auch dem arglistig verschwiegenen Fehler des § 463 Satz 2 BGB. die arglistig vorgespiegelte, nicht zugesicherte Eigenschaft gleichgestellt.

nicht auch wesentliche Eigenschaften der Person des Gegenkontrahenten, die man nach der Verkehrsauffassung bei ihm zu erwarten berechtigt ist? Nicht auch sonst noch mancherlei wesentliche objektiv berechtigte Voraussetzungen? Und darf das Prinzip auf den Kauf beschränkt werden? — Ich kann den Gegensatz der obigen Lehre zur Voraussetzungslehre kurz so formulieren: nicht auf das kommt es an, was man vorausgesetzt hat, sondern nur auf das, was man vorauszusetzen nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber berechtigt war." [38]) Möchten diese Anregungen bei der Revisionskommission ein geneigtes Ohr finden. Die Formulierung würde m. E. keine erhebliche Schwierigkeiten bieten. Sie könnte bei der Lehre vom Kaufe erfolgen [39]) und der Wissenschaft die analoge Ausdehnung überlassen bleiben [40]). Hier haben wir bei Lenel schon das ganz klare Fundament unserer Lehre: Der Gewährschaftsgedanke: es ist für das Schicksal des Vertrags bedeutsam, wenn die Gegenleistung den von ihr berechtigterweise erwarteten Nutzen nicht bringt, hat für alle gegenseitigen Verträge zu gelten. Der großzügige Gedanke Lenels scheint vergessen worden zu sein.

4. Stellungnahme zur Literatur von dieser Grundlage aus.

Es soll von den bisher geschaffenen Grundlagen aus nun Stellung zu den Ansichten der Autoren genommen werden, die sich ebenfalls mit unserem Problem befaßt haben.

a) Verhältnis zur Lehre Windscheids.

Zunächst sei betont, daß der langgeführte Kampf gegen die Windscheidsche Lehre von der Bedeutsamkeit der erkennbaren Voraussetzung auf ganz falscher Basis geführt wurde. Die Lehre Windscheids ist in sich geschlossen und unangreifbar; will man sie mit Erfolg angreifen, so muß man die Voraussetzung der Windscheidschen Voraussetzungslehre angreifen, seine grundsätzliche Willenstheorie. Denn von diesem Standpunkt aus ist der Grundsatz Windscheids: „Das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Willensbeschränkung erkennbar wird", einfach richtig; das erkennbare Motiv schränkt die Offerte von vornherein ein, so daß sie gar nicht anders als die Bedeutsamkeit des Motives in sich tragend angenommen werden

[38]) Hier enthält die Definition einen kleinen Schönheitsfehler, auf den Wolff in DogmJ. 56, 26 hinweist: es kommt schon auch darauf an, daß man vorausgesetzt hat, aber man muß weiterhin dazu objektiv berechtigt gewesen sein.

[39]) Das ist geschehen, wenn auch nicht bezüglich positiver Eigenschaften.

[40]) Das ist nicht geschehen.

kann. Ja schon die Erkennbarkeit wäre für eine extreme Willenstheorie nicht nötig; es steckt darin schon ein Kompromiß mit der Verkehrssicherheit. Will man Windscheid angreifen, so muß man die Willenstheorie angreifen und mit der Willenstheorie fällt auch die Windscheidsche Voraussetzungslehre. Der tiefste Unterschied zwischen Windscheid und der neuen Lehre ist folgender: Die Voraussetzung stellt ab auf die „Willensbeschränkung", auf das Eigeninteresse, ist individualistisch; die neue Lehre nimmt Rücksicht auf die Interessen des anderen Teils, ist getragen von dem Gedanken der Gemeinschaft.

b) Verhältnis zur Lehre Krückmanns.

Krückmann hat durch seine vielfachen, z. T. temperamentvollen, von stärkstem Gefühl für Recht und Billigkeit getragenen Arbeiten dem sachlichen Sieg der Gedanken sehr genutzt, er hat der Lehre im ZivA. 116 den materiellen Unterbau gegeben, aber leider vernachlässigt er, wie er selbst sagt [41]), die dogmatische Durchbildung. Darum haben seine Begriffe etwas Verschwimmendes, Schlagwortartiges und scheinen deshalb gefährlich, zu weitgehend, weshalb die Praxis wohl sie bisher vermieden hat.

Krückmann bezeichnet als Unterfälle der vollständigen Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit eines Vertrages:

a) Berechtigte Ungewißheit über die Gegenleistung.

b) Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Rechtsausübung.

c) Unzumutbarkeit der Leistung.

Der Fall c) ist unsere Enttäuschung auf der Seite der Leistung durch Überopfer; der Fall b) ist unsere Enttäuschung auf der Seite der Gegenleistung durch Mindernutzen und der Fall a) ist nur ein Unterfall von b): die beachtliche Gefährdung eines beachtlichen Interesses, die Gefahr eines Mindernutzens.

Ein Schönheitsfehler ist es, daß Krückmann seine Lehre auf den Gedanken des Synallagmas stützen will, wie er immer wieder betont [42]).

c) Verhältnis zur Lehre Oertmanns.

Oertmanns Verdienst ist es, durch den Nachweis, daß der Gedanke der Geschäftsgrundlage dem BGB. nicht fremd ist, diesen der Praxis annehmbar gemacht zu haben, wozu der Bildcharakter [43]) bei-

---

[41]) S. 242.

[42]) Besonders kraß in JW. 1920, 962 ff: „Wir brauchen besondere Auslegungsbehelfe aus § 157 u. a. nicht, es ist auch nicht nötig, besondere Umstände der einzelnen Fälle heranzuziehen, das Synallagma deckt schlechthin alle Fälle."

getragen haben mag. Im Interesse des Sieges des Gedankens ist zu betonen, daß Oertmann und Locher sich gar nicht so sehr unterscheiden, wie es scheinen möchte. Letzten Endes beruht der Unterschied darauf, daß Oertmann[44]) Anhänger einer „vernünftigen Willenstheorie" ist, während Locher mehr von objektiven Gesichtspunkten ausgeht. Dies wird uns deutlich aus den Worten Oertmanns[45]) „Die Forderungen an das äußere Hervortreten im geschäftlichen Tatbestand sind bei der Geschäftsgrundlage allerdings schwächer als bei den eigentlichen Geschäftsbestandteilen", und „zum Vertrage gehört nicht nur sein Inhalt, sondern auch seine Grundlage". Für Locher ist der Geschäftszweck Geschäftsbestandteil; Oertmann unterscheidet sehr betont immer eigentlichen Geschäftsbestandteil und Grundlage. Diese Unterscheidung hat aber keine normative Bedeutung; es handelt sich nur um eine Formulierungsfrage; für Oertmann ist die Unterscheidung nur notwendig wegen seiner Willenstheorie: da seine Geschäftsgrundlage auch nach seiner Ansicht ganz im dunkeln des psychologischen Prozesses liegt, oder in Wahrheit, wie Locher gezeigt hat, in der Regel überhaupt nicht psychologische Realität ist, glaubt er als Willenstheoretiker, diese Hintergründe des psychologischen Prozesses nicht in die eigentlichen Geschäftsbestandteile aufnehmen zu dürfen, sie ihnen vielmehr als Grundlagen gegenüberstellen zu müssen. Für eine objektive Betrachtungsweise macht es keine Schwierigkeiten, als Inhalt einer Willenserklärung kraft der sogen. hypothetischen Auslegung auch Dinge anzunehmen, von denen der angeblich Erklärende keine Ahnung hat. Und in ganz erstaunlicher Übereinstimmung befinden sich Oertmann und Locher, wenn Oertmann in § 16 über die Gründe der Beachtlichkeit der Geschäftsgrundlage ausführt: es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn man „der ursprünglichen Zweckidee zuwider", wenn der Vertrag einen „ganz anderen Charakter annimmt, als er ihm im Sinne der Parteien zukommen soll", den Vertrag unverändert aufrecht erhält. Weiter „die Vorstellung der Partei ... von der Eignung des Geschäftes für einen zu erreichenden Zweck ist ... zunächst subjektiv", zunächst unbeachtlich, „wird aber darüber hinausgehoben dadurch, daß der Gegner sie erkennt und in ihrer Bedeutung für den Geschäftsschluß mindestens stillschweigend genehmigt". Was ist das anderes als Lochers Parteimotiv, das durch übereinstimmenden Parteiwillen (genehmigt!) zum Geschäftszweck erhoben wird! Die Unterschiede zwischen Oertmann und Locher sind keine wesentlichen.

---

[43]) Locher a. a. O. S. 6.
[44]) wie er ZivA. 117, 275 ff. sagt.
[45]) GG. S. 30 u. 72.

Locher hat die noch mit der Erdenschwere des Ringens mit der Not der Zeit behaftete Lehre von der Geschäftsgrundlage nur noch mit dem Lichte der Theorie durchsichtig gestaltet.

d) Die Lehre Stampes.

Interessant und eigenartig ist der Versuch Stampes in DogmJ. 72, 348—402 in „Richtlinien für die clausula-Praxis" zur Dogmatik dieser Probleme. Grundlage bilden seine Untersuchungen im ZivA. Bd. 108 und 110 „Aus einem Freirechtslehrbuch, III. Grundriß der Wertbewegungslehre". Diese haben, wie Stampe selbst beklagt, nicht die verdiente Beachtung gefunden. Er behandelt das Problem, wie vor ihm Windscheid und nach ihm Locher, im Zusammenhange des Kondiktionsproblems. Er bildet ein eigenes Kondiktionensystem. Er bildet [46]) vier Gruppen, in denen ein Parteizweck beeinträchtigt oder weggefallen ist und legt sich die Frage vor, ob die Schicksale des Parteizweckes — seine Beeinträchtigung oder sein Wegfall — geeignet sind, eine von ihm sogen. condictio ob finem hervorzubringen. Nach eingehender Würdigung der Stellungnahme des ALR. [47]) und des gemeinen Rechts [48]) zu seiner cond. ob finem wird untersucht [49]), ob die Schöpfer des BGB. die Einführung einer cond. ob finem bewußt in Erwägung zogen. Nach eingehendem Bericht über die Entstehung der Bereicherungsparagraphen des BGB. wird dargetan, daß keine klare Einsicht in die Probleme bestand. Stampe erörtert, ob die Anerkennung einer cond. ob finem rechtspolitisch angebracht sei. Dies wird bejaht und dann gefragt, ob sich aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts eine cond. ob finem herleiten lasse. Dies wird verneint; auch § 812 I Satz 2 gebe die Grundlage dafür nicht ab [50]). Immerhin neige der Gesetzgeber in Einzelbestimmungen dazu; ebenso zeige die Praxis gewisse Tendenzen nach der cond. ob finem. Darum müsse der Ausbau dieser Lehre in analoger Anwendung der §§ 323—327 gefordert werden, denn diese Bestimmungen beruhten in ihrem letzten Grunde auf Schicksalen des Parteizwecks [50a]).

In DogmJ. 72 versucht dann Stampe die Störungen, denen die normale und glatte Durchführung eines Vertrages ausgesetzt sein kann,

---

[46]) S. 142 ff. u. 167 ff.

[47]) S. 149 ff.; noch eindringender ist dies in der Arbeit in DogmJ. 72 untersucht.

[48]) S. 160 ff.

[49]) S. 171 ff.

[50]) Diese Bestimmung ist für Locher für die positiv-rechtliche Begründung die Hauptstütze! Locher scheint Stampes Arbeit nicht gekannt zu haben.

[50a]) Die bekannte RGE. 100, 129 ff. stützt sich auch auf § 325 BGB.

in Typen zu bringen und kommt zu Abschlußstörungen, Abwicklungs-, reinen Parteizweck- und reinen Erfolgsstörungen. — Für unser Thema haben zunächst die Abschlußstörungen (Mangel der Geschäftsfähigkeit, Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form, Irrtum, arglistige Täuschung) auszuscheiden; ich glaube im Interesse der Klarheit; es handelt sich hier doch um etwas ganz anderes als um das cl.-Problem in irgendeiner Form [51]). Dasselbe ist zu sagen zu einem Teile der Fälle, die Stampe unter dem Begriff Abwicklungsstörungen zusammenfaßt: bei den von einer Partei verschuldeten oder sonst zu vertretenden Störungen der glatten Abwicklung: zu vertretende Unmöglichkeit, Verzug, positive Vertragsverletzung. Für unser Thema bleiben also: die nicht zu vertretenden Abwicklungsstörungen, nämlich: nicht zu vertretende Unmöglichkeit und ebensolches Unvermögen und Auftreten von Sachmängeln. Weiter: die reinen Parteizweckstörungen und die reinen Erfolgsstörungen. Was ist nun darunter zu verstehen? Reine Parteizweckstörung [52]): „ein nach dem Vertragsschlusse eingetretenes Ereignis macht den Vertrag für eine Partei zwecklos". Sehen wir davon ab, daß das störende Ereignis nach dem Vertragsschlusse eingetreten sein müsse, so deckt sich dieser Fall Stampes mit dem, was wir beachtlichen Mindernutzen nennen; dies ergibt sich auch aus Stampes Beispielen. Reine Erfolgsstörung [53]): es tritt keine Störung für den Parteizweck ein, „wohl aber ein anderer der Partei unerwünschter Erfolg"; das sind, wie einleuchtet, unsere Fälle von Überopfer, von Enttäuschung auf der Seite der Leistung; dies ergibt sich auch aus den Beispielen Stampes. Damit sind wir aber wieder auf unsere zwei Grundtypen gestoßen, die auch die einzig möglichen sind. Daneben haben die von Stampe noch als besonderer Typ aufgestellten nicht zu vertretenden Abwickelungsstörungen keinen Platz; sie sind vielmehr unter die zwei Grundtypen aufzuteilen: Unmöglichkeit und Unvermögen unter die Opferfälle und die Sachmängelgewähr unter die Fälle des Mindernutzens, wie anderorts schon ausgeführt. Auch Stampe steht dieser Auffassung eigentlich nicht ferne nach dem, was er über die Folgen der Störungen ausführt. Den reinen Erfolgsstörungen einerseits läßt er die Erwägung zugrunde liegen: „die unveränderte Aufrechterhaltung des Vertrags sei trotz einwandfreien Abschlusses, normaler Abwickelbarkeit und Erreichung des Parteizwecks, dennoch sinnlos, weil ein anderweitiger Umstand, welcher der Partei Nachteil bringe, nachträglich eingetreten sei",

---

[51]) Nicht anerkannt werden kann, daß es sich bei § 119 II BGB. um eine Abschlußstörung handele; vielmehr sind dies richtige Enttäuschungsfälle: nähere Begründung S. 63/64.

[52]) S. 349.

[53]) S. 349.

während andererseits die Abwickelungsstörungen, die Anfechtung nach § 119 II und die reinen Parteizweckstörungen von dem Gedanken geleitet seien: „der Vertrag sei infolge der Störung bei unveränderter Innehaltung sinnlos, weil nicht mehr das geeignete Mittel, um den mit ihm verfolgten Parteizweck zu erreichen". Diese zwei einander gegenüberstehenden Grundgedanken sind aber eben unsere zwei Haupttypen der Enttäuschung bei gegenseitigen Verträgen.

e) Die Einwendungen Roths.

Gegen die Anwendbarkeit der Locherschen Lehre hat sich mit näherer Begründung nur Roth in seinem Buche: „Die Aufwertung" ausgesprochen und nur insoweit, als die Anwendung auf die Aufwertung in Frage steht. Roth betont sehr stark die formale Vertragstreue. Die Anpassung an das veränderte Milieu ist für Roth nicht „eine Frage des Mechanismus der inneren Funktion der rechtsgeschäftlichen Norm", und nur außerordentliche Verhältnisse, eine allgemeine Umwälzung, die ein allgemeines Bedürfnis nach Abhilfe schafft, können ein Abgehen vom Vertrage möglich machen, und auch dies kann erst durch den Richter als Verwalter der privaten Rechtsverhältnisse, durch Verwaltungsakt im Gewande der privaten Rechtsprechung geschehen. Diese Auffassung ist hochinteressant; vielleicht sind wir auf dem Wege, wo die Grenzen zwischen Rechtsprechung und Verwaltung verschwinden [54]; es sind schon mancherlei Ansätze dazu vorhanden. Zunächst aber gilt es, unsere Privatrechtsordnung so auszubauen, daß sie fähig ist, allen Schwierigkeiten gerecht zu werden [55]. Sehr verdienstlich ist die starke Hervorkehrung der volkswirtschaftlichen Bedeutung und Aufgabe der Rechtsprechung, insbesondere auch der Aufwertungsrechtsprechung. Mag auch die theoretische Grundlegung angreifbar sein, ganz unabhängig davon bestehen die praktischen Richtlinien: Wiederaufbau unseres Wirtschaftslebens nach dem Kriege, zu Recht. Letzteres ist für Roth ja wohl auch das wesentliche; um das zu erreichen, braucht man aber kein Ausnahmerecht aufzustellen; auch unser Privatrecht kann dies erreichen, wie im weiteren Verlaufe der Arbeit noch deutlicher werden soll.

---

[54]) Vgl. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1927. Bericht darüber und Würdigung durch Brockhausen in JW. 1928, 1019.

[55]) Was Roth im einzelnen gegen Oertmann und Locher vorbringt, ist teilweise an Oertmann schon von Locher richtiggestellt worden, teilweise hat Roth Locher mißverstanden. Dies Roth im einzelnen nachzuweisen, würde hier zu weit führen.

5. Einzelheiten.

a) Schon die Gefahr einer Enttäuschung kann beachtlich sein.

Im ersten Abschnitt wurde ausgeführt, daß unter Umständen schon die Unsicherheit, ob nicht der Betroffene werde Überopfer bringen müssen oder eine mindernützige Gegenleistung bekommen werde, für das Schicksal des Vertrages bedeutsam sein kann. In der Literatur ist dieser Fall nur von Krückmann (und nur beim Mindernutzen) als beachtliche Ungewißheit über die Gegenleistung hervorgehoben worden: ich möchte es nennen: beachtliche Gefahr des Mindernutzens der Gegenleistung. Genau so anzuerkennen ist aber die beachtliche Gefahr von Überopfern durch die Leistung. Die Locher sche Lehre von der Unmöglichkeit der Zweckerreichung ist auszudehnen auf die beachtliche Ungewißheit oder Gefährdung der Zweckerreichung. Die Gebundenheit eines Geschäftes daran, daß ein gewisser Erfolg erreicht oder ein anderer nicht erreicht wird, kann nach dem Inhalte des Vertrages auch so weit gehen, eine die Grenzen der vertraglich übernommenen Unsicherheit überschreitende Unsicherheit, ob man nicht Überopfer werde bringen müssen oder einen Mindernutzen bekommen werde, nicht tragen zu müssen. Wenn die Geschäftszwecklehre richtig ist, dann ist es auch diese ihre Ergänzung.

Die Rechtsprechung hat den Fall der Gefahrgrenze bei der Gefahr von Überopfern glatt anerkannt in den Fällen der sogen. zeitlichen Unmöglichkeit, die dahin geht: aus Anlaß des Weltkrieges mußte die Erfüllung eines Lieferungsvertrages, gewöhnlich über Auslandswaren, bis nach Friedensschluß hinausgeschoben, zum Teil regelrecht vertraglich gestundet werden. Der Krieg dauert unvorhergesehen lange und bringt eine große wirtschaftliche Umwälzung; dann wäre die Lieferung nach dem Kriege nach dem RG. etwas ganz anderes, als der Vertrag vorsah; da die Leistung [56]) „durch die notwendig gewordene zeitliche Verschiebung nach Inhalt und wirtschaftlicher Bedeutung wesentlich verändert ist, hat die zeitliche Unmöglichkeit eine endgültige Unmöglichkeit nach sich gezogen". Mit anderen Worten: es besteht die Gefahr, daß die spätere Lieferung nur unter Überopfern werde erfolgen können. Ganz deutlich wird dies in dem Donaumaisfall RG. JW. 1916, 487, wo der Rücktritt schon dann gegeben wird, „wenn nur eine beachtliche Ungewißheit darüber besteht, ob die Leistung später zu den beim Vertragsschluß in Aussicht genommenen Geldaufwendungen möglich sein wird". —

[56]) RGE. 88, 71 ff. Rückblick mit Angabe der Rechtsprechung in RGE. 101, 79 ff.

Die Stellung der Rechtsprechung zur Gefahrgrenze bei der Gefahr des Mindernutzens zeigt Krückmann[57]). Er weist nach, daß der Gedanke seiner beachtlichen Ungewißheit über die Gegenleistung sachlich durchgedrungen ist. Speziell beim Kaufe wird man nicht anstehen, in Fortbildung des Gesetzes ein Wandlungsrecht zu geben, wenn schon vor Gefahrübergang bestimmt damit zu rechnen ist, die Sache werde bei Gefahrübergang einen beachtlichen Mangel haben[58]).

Die Lehre von der beachtlichen Ungewißheit über die Zweckerreichung, von der Gefahr von Überopfern und Mindernutzen dürfte damit begründet sein. Die praktisch entscheidende Frage ist, wo man die Gefahrgrenze ansetzt, wenn die Gefahr beachtlich wird. Nach Locher dann, wenn durch übereinstimmenden Parteiwillen die Tragung der Gefahr dem zunächst Betroffenen abgenommen ist.

b) „quasi negatoria" im Vertragsrecht.

Schließlich soll hier noch auf eine interessante Parallele hingewiesen werden:

I. Deliktsrecht:
   a) Schadensersatz bei verschuldeter rechtswidriger Verletzung gesetzlich geschützter Interessen,
   b) quasi negatoria bei objektiv beachtlicher Gefährdung dieser gesetzlich geschützten Interessen.

II. Vertragsrecht:
   a) Schadensersatz bei verschuldeter vertragswidriger Verletzung vertraglich geschützter Interessen,
   b) Abwehrrecht bei objektiv beachtlicher Gefährdung dieser vertraglich geschützten Interessen, d. h. wenn bei Festhalten an dem Vertrage Überopfer oder ein Mindernutzen entstehen würden.

Die drei ersten Sätze sind unbestritten; der vierte ringt um Anerkennung. Auch im Vertragsrecht brauchen wir ein Abwehrrecht zur Beseitigung oder Unterlassung einer objektiv vertragswidrigen Beeinträchtigung von Vertragsinteressen. Für das Schuldrecht gilt in entsprechender Abänderung genau das, was das RG. in seiner grundlegenden Entscheidung in RGE. 60, 7 ff. zum Deliktsrecht ausführt: jede auch nur objektiv vertragswidrige Verletzung oder Gefährdung eines vertraglich schutzwürdigen Interesses gibt das Recht auf Beseitigung dieser Beeinträchtigung. Das Schuldmoment kommt dabei nicht in Betracht. Die Billigkeit mag erfordern, die Schadensersatzpflicht nur beim Vor-

[57]) S. 212 ff.

[58]) So auch Enneccerus, Schuldverhältnisse § 331 II 1 d und dort Zitierte.

handensein eines Verschuldens anzuerkennen; es ist aber ein Gebot der Gerechtigkeit (und des durch den Vertrag begründeten Vertrauensverhältnisses), daß auch ohne ein solches gegen auch nur objektiv vertragswidrige Verletzung oder Gefährdung eines vertraglich schutzwürdigen Interesses ein Schutz gegeben werde.

Ich finde in diesen Worten die ganze Lehre in klassischer Weise formuliert. Vielleicht ist sie von dieser Seite aus für die Praxis am annehmbarsten[59]).

c) Die Frage der Voraussehbarkeit der Enttäuschung.

Locher legt[60]) dar, daß die bloße Voraussehbarkeit der Unmöglichkeit der Zweckerreichung die Geltendmachung der mangelhaften Geschäftsgrundlage nicht ausschließe. Vom RG. wird in seiner Klauselrechtsprechung stets Unvorhersehbarkeit verlangt. Theoretisch hat Locher vollkommen recht; ich möchte seinen Gründen noch den Hinweis auf § 460 Satz 1 BGB. hinzufügen. Praktisch kommt das RG. aber nahe an das Richtige heran. Denn die Entscheidung, ob ein Parteizweck Geschäftszweck geworden, eine Enttäuschung durch Überopfer oder Mindernutzen beachtlich ist, hängt letztlich von einer objektiven Würdigung der Umstände des Falles durch den Richter ab. Der Richter wird aber in der Regel dann, wenn man einer Partei den Vorwurf machen kann, sie habe leichtsinnig gehandelt, sich nicht wie ein bonus pater familias über die Folgen ihres Vertragsschlusses vergewissert, sie habe die Beeinträchtigung ihrer Interessen voraussehen können, zu dem Urteil kommen, dann könne man nicht annehmen, der Gegner habe der Partei diese Gefahr abgenommen, sondern er wird sagen, die Partei habe die Folgen selbst zu tragen, für das Schicksal des Vertrages, also insbesondere für den Gegner könne die nachfolgende Enttäuschung nicht beachtlich sein. Das ist auch der wahre Sinn des § 460 Satz 2 BGB. Wir werden also sagen: es ist richtig, daß die bloße Voraussehbarkeit der Unmöglichkeit der Zweckerreichung ihre Berücksichtigung grundsätzlich nicht ausschließt; in der Regel wird man dann aber doch die Beachtlichkeit der Enttäuschung verneinen müssen. Es ist auch zu betonen, daß die Unterscheidung zwischen Voraussicht und Voraussehbarkeit etwas doktrinär ist! Wo ist in den praktisch wichtigen, nicht

---

[59]) Schon Stampe in ZivA. 110 hat ähnliche Gedanken ausgesprochen; er sagt: die Bestimmungen der §§ 323—327 beruhten in ihrem letzten Grunde auf Schicksalen des Parteizwecks; „und nachdem man aus ihnen schon die Rechtssätze für die positiven Vertragsverletzungen hergeleitet hat, für die auch nach der Auffassung Staubs und des RG. das Moment der ‚Gefährdung des Parteizwecks' von wesentlicher Bedeutung war, ist nicht einzusehen, warum man nicht auch den Schritt zu unserer reinen cond. ob finem aus Rücktritt und Rücknahme mit ihrer Hilfe tun sollte".

[60]) S. 102 f.

konstruierten Fällen die Grenze? Wohin gehört das Zwischengebiet: man rechnet mit einer Enttäuschung als möglich, hofft aber, sie werde doch nicht eintreten?[61]) Liegt in den praktischen Fällen überhaupt einmal wirkliche Voraussicht vor? Die ganze Frage der Voraussehbarkeit[62]) hat keine Sonderbedeutung, sondern ist nur ein Teilmoment für die Beantwortung der Frage, ganz allgemein ausgedrückt, ob man es einer Partei zugestehen darf, daß ihr Interesse das Schicksal des Vertrages beeinflußt, und auf der anderen Seite, ob man dem Gegner diese Rücksichtnahme zumuten darf; und dabei ist davon auszugehen, daß in der Regel jeder die Folgen seiner Ungeschicklichkeit zu tragen hat. „Wer auf das Meer des Verkehrs hinaussteuert, der muß Wellengang und scharfe Brise vertragen können."[63]) Immer noch gilt: vigilantibus iura sunt scripta. — In diesen Zusammenhang gehört noch folgendes: Anerkannt ist der Satz, daß bis zu einer gewissen Grenze das Risiko übernommen sei, wenn ein Spekulationsgeschäft vorliege. Wann liegt aber ein Spekulationsgeschäft vor? Nicht schon dann, wenn eine Partei im geheimen hofft[64]), das Wagnis werde zu ihren Gunsten ausschlagen; auch dann noch nicht, wenn der Gegner diese Hoffnung erkennt; das genügt noch lange nicht, ihr das Risiko aufzuerlegen, weil ihr andererseits der Gewinn noch gar nicht sicher ist; denn wenn ihr Gewinn, also der Nachteil des Gegners eine gewisse Grenze überschreitet, so kann der Gegner das Geschäft wegen Enttäuschung angreifen. Ein spekulatives Geschäft haben wir erst, wenn auf beiden Seiten Hoffnung und Gefahr gegeben ist, wenn Chance gegen Chance steht; wenn also nicht bloß spekulative Motive auf einer Seite, oder im geheimen auf beiden, vorhanden sind, sondern wenn das Geschäft als Ganzes spekulativen Charakter hat.

II.

Literatur, Rechtsprechung und Gesetz führen zu unserem System zur Sanierung eines wegen beachtlicher Enttäuschung heilungsbedürftigen Vertrages hin.

Es gilt, nunmehr die Geltung des zweiten Satzes, von dem wir im esten Abschnitte der Arbeit ausgingen, nachzuweisen, des Satzes: liegt

[61]) ein ähnliches Problem wie bei der sogen. bewußten Fahrlässigkeit.

[62]) Dieser Ausdruck ist etwas mißverständlich; besser ist „Erkennbarkeit", da dadurch klargestellt ist, daß die Enttäuschung nicht auf einer Veränderung der Umstände zu beruhen braucht.

[63]) So Neubecker in Haftung für Wort und Werk, in Festgabe der Berliner jur. Fakultät für O. Gierke 1910 Bd. 3.

[64]) RG. JW. 1924, 1138 nimmt hier schon ein Spekulationsgeschäft an.

eine beachtliche Enttäuschung vor, so ist zunächst zu versuchen, die beachtlichen Interessen durch Aufrechterhaltung des Vertrages in veränderter Gestalt zu wahren; erst wenn dies nicht mehr möglich ist, kommt ein Abgehen vom Vertrage in Betracht. Ist dieser Satz anzuerkennen, so dürfte auch das auf ihm beruhende Sanierungssystem richtig sein, da es nur die Folgerungen aus ihm zieht und sachgemäß ordnet.

1. Die Literatur.

In der Literatur ist nun der Gedanke der Aufrechterhaltung des Vertrags in veränderter Gestalt mehr oder weniger allgemein für gut befunden worden von Krückmann, Oertmann, Locher und Stampe[65]). Besonders Krückmann betont energisch[66]), daß man mit dem Entweder—Oder, Alles oder Nichts aufräumen und hier umlernen müsse. Wie die Sanierung aber im einzelnen vorzunehmen ist, ist in der Literatur noch nicht behandelt worden und eine dogmatische Durchdringung der Enttäuschungsfolgen fehlt noch ganz[67]).

2. Die Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung hat unseren Satz klar anerkannt. Zunächst hatte der Satz: pacta sunt servanda dazu gedient, Verträge für unantastbar zu halten. Nachdem man dann zwar ein Abgehen vom Vertrage, nicht aber eine Abänderung zugelassen hatte[68]), kam man späterhin, wieder unter dem Zeichen: pacta sunt servanda dazu, Verträge in veränderter Form aufrechtzuerhalten[69]) und die heutige Rechtsprechung geht sehr weit[70]). Den Durchbruchspunkt bildete die bekannte Entscheidung vom 21. 9. 1920, RG. III in RGE. 100, 129 ff.[71]).

---

[65]) Krückmann S. 444 ff.; Oertmann in § 18; Locher S. 94 ff., 106 ff.; Stampe in DogmJ. 72, 363; vgl. auch Mügel in JW. 1928, 401. Für ipso-jure-Unwirksamkeit nach Analogie des § 779 BGB.: Manigk in JW. 27, 300 und v. Tuhr in LZ. 1921, 155; dagegen schon Oertmann S. 67 ff.

[66]) S. 463.

[67]) All dies glaube ich in dem deduktiven Teile gegeben zu haben.

[68]) So RG. in Recht 1918 S. 194 Nr. 408. Merkwürdigerweise auch noch RG. JW. 1920, 434[5] und RGE. 99, 258 ff., wo ein Ausgleich geradezu auf der Hand lag.

[69]) So sehr betont VZS. RGR. 110, 371.

[70]) vielleicht zu weit; in RG. JW. 1925, 2595 (dazu Abraham) und 2597 vielleicht zu große Scheu vor dem Rücktritt.

[71]) Der Streit um diese Entscheidung ist auch heute noch sehr interessant, gerade weil man die Entwicklung überblickt. Diese Entscheidung ist doch eine Tat gewesen. Es kommt hier das lange vermißte richterliche Selbstgefühl zum Durchbruch. An der Begründung läßt sich natürlich noch mancherlei aussetzen; Freund und Feind haben Inhalt und Ziele noch mehr verzerrt. Ins-

Im einzelnen: in den Fällen von übermäßiger Preissteigerung hat das RG. anerkannt, daß der betroffene Lieferant erst zurücktreten dürfe, nachdem er dem Besteller Gelegenheit gegeben habe, sich die Lieferung durch Zahlung eines höheren Kaufpreises zu erhalten und dies abgelehnt worden sei[72]). — In den Geldentwertungsfällen wurde ein Anspruch auf Ausgleich des Mindernutzens der Geldleistung, der Aufwertungsanspruch gegeben. — Sehr deutlich ist die Rechtsprechung zum sogen. Ausgleichsanspruch des Veräußerers eines Grundstückes gegen den Erwerber aus Anlaß der nachträglich sich herausstellenden Aufwertungsverbindlichkeiten des Veräußerers; sie bestätigt ganz unseren Standpunkt. Der Mindernutzen des Kaufpreises für den Verkäufer ist auszugleichen; durch eine Herabminderung der Leistung des Veräußerers kann dies nicht geschehen, es muß also zum Ausgleich der Kaufpreis erhöht werden. Durch eine solche Erhöhung, genannt Beitrag zur Aufwertungslast, kann der Erwerber sich das Grundstück erhalten. Dazu gezwungen werden kann er nicht, da es sich um eine wirkliche Mehrleistung seinerseits handelt[73]), (anders als bei der Aufwertung, die nur nominell ist). Da also keine Erhöhungs-(Beitrags-)Pflicht besteht, kann auch nicht (wie bei der Aufwertung) die Rede davon sein, daß der Veräußerer nur bei positiver Vertragsverletzung des Erwerbers durch Verweigerung der Erhöhung zurücktreten könne; vielmehr kann der Veräußerer ohne weiteres zurücktreten, wenn er dem Erwerber Gelegenheit geboten hat, sich durch Erhöhung das Grundstück zu erhalten und der Erwerber diese Gelegenheit ausgeschlagen hat[73a]). Eine solche

---

besondere von einem richterlichen Gestaltungsrechte ist nicht die Rede; der Senat hat sich etwas undeutlich ausgesprochen, aber die Verweisung auf §§ 242, 157, 325 spricht doch für Regelung unmittelbar durch das materielle Recht. Aber ob Gestaltungsrecht oder Selbstregulierung durch das materielle Recht, ist nur Formulierungsfrage. Der erste kühne Anlauf neigte in großem Selbstgefühl zu richterlicher Gestaltung, was ja auch der Sache entspricht; eine ruhigere Zeit neigt zur Fiktion der Selbstregulierung.

[72]) Über die Ablehnung im einzelnen vgl. die Entscheidungen bei Plum in JW. 1924, 1451.

[73]) Vgl. RG. JW. 1928, 890: „nicht zumutbare Mehrleistung"; ebenso RG. JW. 1928, 1443.

[73a]) Neuerdings will das RG. (in JW. 1928, 1805) nicht bloß ein Ausgleichsrecht im obigen Sinn, sondern einen Ausgleichsanspruch geben, in ähnlicher Entwicklung, wie man vom Aufwertungsrecht zum Aufwertungsanspruch kam. Die Folge ist, daß ein Rücktritt des Veräußerers auch nur bei schuldhafter Verweigerung des Ausgleiches, also nur bei Verzug nach § 326 BGB. möglich ist. — Mir erscheint die frühere Ansicht des RG. die richtigere, weil es sich bei dem Ausgleich um eine wirkliche Mehrleistung des Erwerbers, also nicht um den Fall II 1 a α des Systems, sondern um II 1 α β handelt; man kann dann allerdings den Ausnahmefall von II 1 α β Anm. 3 hier gegeben erachten.

Regelung wird den beiderseitigen Interessen in so hohem Maße gerecht, als es überhaupt für das Recht möglich ist.

Bei den Mischfällen [74]) beim Übergang von der Geldentwertung zur Deflationsperiode ist die richtige Regelung die folgende: es kann der Sachschuldner den Geldschuldner zwar zur Aufwertung, nicht aber zur eigentlichen Leistungserhöhung zwingen; zu letzterer hat er vielmehr nur Gelegenheit zu geben und bei Ablehnung kann er zurücktreten; der Geldschuldner kann den Sachschuldner zwar zur Leistung zwingen, aber nur bei Aufwertung plus Ersatz der eigentlichen Leistungserhöhung.

Ganz allgemein hat das RG. selbst unseren Satz ausgesprochen in RBE. 107, 151, wenn es sagt, es liege „durchaus nahe, die schärfere Folge einer Vertragsaufhebung nur da als geboten und gerechtfertigt anzusehen, wo eine Ausgleichung der beiderseitigen Interessen nicht durch das mildere Mittel einer Änderung der Vertragsleistungen bei Fortbestand des Vertragsverhältnisses im übrigen zu erwarten ist“ [74a]).

3. Das BGB.

Liegt unser Satz dem BGB. zugrunde? Wir haben die beiden, nach unserer Ansicht grundsätzlichen Fälle: die Unmöglichkeit und die Sachmängelgewähr beim Kaufe, zu untersuchen.

a) Die Regelung der Folgen von Unmöglichkeit und Unvermögen.

Gegen unseren Satz scheint die Regelung bei der Unmöglichkeit: ipso jure — Unwirksamkeit, zu sprechen. Doch darin kommt nicht der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, vielmehr beruht dies auf der Besonderheit dieses Falles: bei unendlichen Opfern, also überhaupt nicht erbringbaren, kommt ein irgendwie gearteter Ausgleich in der Regel nicht in Betracht; das Gesetz zieht daraus die Folgerung, daß man dann sofort die Befreiung des Schuldners von seiner Pflicht zur Leistung statuieren könne, was dann beim gegenseitigen Vertrage kraft des Synallagmas auch zum Wegfalle der Gegenleistungspflicht führt. Die Richtigkeit unserer Ansicht wird klar durch folgendes erwiesen:

---

[74]) deren Natur das RG. verkannte, vgl. oben bei Anm. 25.

[74a]) Einen sehr interessanten Einzelfall behandelt RG. JW. 1928, 1931 (dazu Titze): Leistung: Wettbewerbsunterlassung; Gegenleistung: eine Rente, die auskömmliche Lebensführung sichert. Einerseits: wenn die Rente wegen Entwertung nicht mehr zum Leben reicht, dann darf der Leistende auch wettbewerbsweise wieder auf Erwerb bedacht sein; andererseits: es kann insoweit nicht Aufwertung der Gegenleistung (der Rente) verlangt werden, als der — berechtigterweise — unterlassenen Leistung (der Wettbewerbsausübung) entspricht.

Ist trotz der Unmöglichkeit eine Aufrechterhaltung des Vertrages in veränderter Form möglich, in dem der Betroffene einen Ersatz oder Ersatzanspruch erhält, dann ist dem Gegner Gelegenheit zu geben, den Vertrag bezüglich dieses Ersatzes nach Maßgabe der §§ 281, 323 II aufrechtzuerhalten, Fall I 2 a β unseres Sanierungssystemes, d. h. der Gegner bekommt den Ersatz, wenn er will, und hat dann die volle Gegenleistung zu erbringen. Und nun enthält § 323 II zugleich interessanterweise auch die Regelung für einen Mischfall: bleibt der Wert des Ersatzes hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurück, erhält also der Gegner nicht den erwarteten Nutzen, so ist eine weitere Regelung wegen des Mindernutzens erforderlich: sie erfolgt durch entsprechende Herabsetzung der Gegenleistung (Schema II 2 a β Anm. 4).

b) Die Folgen eines beachtlichen Sachmangels beim Kaufe unter kritischer Würdigung der gesetzlichen Regelung.

Eingehende Regelung hat im Gesetze ein Fall der Enttäuschung durch Mindernutzen, die Sachmängelgewähr beim Kaufe, erhalten. Doch macht die Regelung beim Kaufe große Unterschiede gegenüber unserem allgemeinen System. Ich möchte auch sagen: das Gesetz trifft nicht ganz die Billigkeit, es bevorzugt allzusehr den Käufer. Das Gesetz ist, darauf geht es zurück, in seiner Auffassung der Gewährleistungsansprüche nicht einheitlich: es geht mit der herrschenden Meinung beim Spezieskaufe davon aus, daß der Verkäufer zur Lieferung einer fehlerfreien Sache nicht verpflichtet sei; aber es führt diesen Grundgedanken nicht durch: praktisch behandelt es den Verkäufer dann doch fast so, als ob er zur fehlerfreien Lieferung verpflichtet wäre; daher die weitgehenden Rechte des Käufers. Die richtige Auffassung durfte aber die sein, daß der Käufer an sich das Risiko eines Sachmangels zu tragen hat und daß, wenn ihm dieses Risiko abgenommen wird, dies doch nur geschieht, soweit es nötig ist, unter Wahrung der berechtigten Interessen des Verkäufers. Bei allem Respekt vor den gesetzlichen Werturteilen möchte ich daher diese m. E. einseitigen Werturteile nicht über den gesetzlichen Rahmen hinaus ausdehnen, insbesondere nicht der allgemeinen Regelung zugrunde legen. — Es folgt nun eine kritische Würdigung der Regelung bei der Sachmängelgewähr.

Der Käufer hat ein auffallend geringes Risiko zu tragen: er darf sich, wenn er nicht geradezu grobfahrlässig ist (§ 460), darauf verlassen, daß die Sache keinen über das Unerhebliche hinausgehenden Mangel hat.

Die Minderung ist Aufrechterhaltung des Vertrages durch Ersatz des Mindernutzens durch den Verkäufer (I 1 a β). In der Regel leistet der Verkäufer den Ausgleich in der Art, daß er sich am Kaufpreis

einen entsprechenden Abzug machen läßt. Ist aber ein solcher Abzug nicht möglich, z. B. bei Tausch, dann ist der Ausgleich in Geld herzustellen, wie sich aus § 473 BGB. ergibt. In diesem letzteren Falle zeigt sich eine Benachteiligung des Verkäufers: er ist zu einer wirklichen Mehrleistung verpflichtet, während es der Billigkeit entsprechen würde, wenn dem Verkäufer eine solche nur freistünde, um sich die Gegenleistung zu erhalten, und der Käufer bei Weigerung des Verkäufers nur wandeln könnte.

Bei der Minderung in § 472[75]) ist die unbeachtliche Nutzenminderung nicht berücksichtigt: der Käufer hat doch auf alle Fälle ein gewisses, wenn auch nach dem gesetzlichen Werturteile in § 459 geringes, Risiko zu tragen; aber auch dies wird ihm durch diese Regelung der Minderung abgenommen. Es kann sich dadurch folgende Unbilligkeit ergeben: der Käufer hat ein gewisses Mängelrisiko übernommen, das sich in einem verhältnismäßig niederen Kaufpreise auswirkt; nun zeigen sich Mängel, die über das übernommeneRisiko hinausgehen; dann kann zweifellos der Kaufpreis gemindert werden; dann würden dem Käufer nach § 472 die Mängel, die innerhalb des übernommenen Risikos liegen, zweifach zugute kommen: zunächst — in einem geringerem Kaufpreise und dann würden sie bei der Minderung wieder Berücksichtigung finden. D. h. also: bei der Minderung darf nicht die ganze Wertminderung durch Mängel verhältnismäßig in Abzug gebracht werden, sondern etwas weniger, weil ein, wenn auch kleines, Risiko vom Käufer zu tragen ist. In krassen Fällen ist mit der sogen. hypothetischen Vertragsauslegung zu helfen.

Die stärkste Mißachtung der Interessen des Verkäufers ist es jedoch, wenn der Käufer bei jedem nicht gerade unerheblichen Mangel ohne jede Würdigung der konkreten Interessenlage ganz allgemein das Recht hat, den Vertrag durch Wandelung rückgängig zu machen. Es kann doch sein, daß seine nach dem Vertrage schutzwürdigen Interessen schon durch Minderung gewahrt wären, er aber wandeln will aus Gründen, die nach dem Vertrage nicht schutzwürdig sind, und der kleine Mangel ihm nur als Vorwand dient, den ganzen Vertrag loszuwerden, während auf der anderen Seite die Aufhebung den Verkäufer möglicherweise aufs tiefste berührt, man denke an Grundstücksgeschäfte[76]).

---

[75]) die positiv-rechtliche Wurzel der sog. Mügelschen Formel bei der Aufwertung!

[76]) Besser das Schweizer Obligationenrecht in Art. 205 II: an sich auch Wandlung oder Minderung, aber: „auch wenn die Wandlungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter frei, bloß Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen." — Das Gesetz macht selbst in § 468 für einen Sonderfall eine

Noch krasser ist dies beim Gattungskaufe in § 480 BGB., wo der Verkäufer zwar die Pflicht hat, eine mangelfreie Sache nachzuliefern, nicht aber das Recht, ohne jede Rücksicht auf die konkrete Interessenlage[77]). All dies erscheint mir so zweifellos unbillig, daß diese Regelung, wo es nötig ist, durch sogen. hypothetische Vertragsauslegung zu umgehen ist; jedenfalls darf sie nicht allgemeinere Bedeutung beanspruchen[78]).

4. Auseinandersetzung mit Literatur, Rechtsprechung und Gesetz bezüglich Einzelfragen.

a) Die Abwickelungspflichten nach dem Rücktritt.

Es gilt, den im allgemeinen Teil ausgesprochenen Satz, daß im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen nach Bereicherungsrecht, §§ 818 ff., zurückzugewähren sind, zu belegen. Locher[79]) hat sich in unserem Sinne ausgesprochen, dagegen will Oertmann[80]) die §§ 346 ff. angewandt wissen.

Es handelt sich um ein Rücktrittsrecht, gegeben vom objektiven Recht, § 242, nicht § 157, wie auch Oertmann mit Entschiedenheit betont. Es dürfte also Locher mit seinen daraus gezogenen Folgerungen recht haben. Auch die Rechtsprechung dürfen wir für unsere Ansicht in Anspruch nehmen. Das RG. hatte in JW. 1928, 57 die Frage zu entscheiden, welche Ansprüche dem Reiche bei Rücktritt von Lieferungsverträgen, die zum Zwecke der Reparationslieferungen abgeschlossen waren, wegen bereits geleisteter Zahlungen zuständen. Es handelt sich dabei gerade um unser Problem. Die Frage spitzt sich für das RG. darauf zu, ob der Gegner des Rücktrittsberechtigten vertragstreu sei oder nicht. Da das Rücktrittsrecht dem Reiche trotz Vertragstreue des Gegners gegeben sei, habe das Reich auch nur einen Bereicherungsanspruch. Die Ausführungen des RG. decken sich merkwürdig weithin mit denen Lochers, obwohl sie anscheinend unabhängig sind[81]).

Ausnahme, die m. E. die Regel sein sollte: „Wandlung nur, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat."

[77]) Etwas besser das Schweizer Obligationenrecht in Art. 206: bei Platzkäufen auch Recht des Verkäufers zu sofortiger Nachlieferung.

[78]) Für die freie Aufwertung sind maßgebend die Fernwirkungen des Aufwertungsgesetzes, entgegen der Tendenz der Rechtsprechung! Vgl. dazu Stoll in JW. 1928, 488 ff.

[79]) S. 108.

[80]) S. 161.

[81]) passim, ohne jede Begründung, sagt das RG. in JW. 1928, 890 allerdings, wenn der Erwerber eines Grundstücks, der dem Veräußerer zur Aufwertungslast keinen Beitrag leisten wolle, deshalb zurücktrat (m. E. muß hier

Zu Bedenken Anlaß geben könnte die gesetzliche Regelung der Wandlung. Sie wird im wesentlichen den strengen Vorschriften beim vertraglichen Rücktrittsrecht unterworfen[82]). Aber für die allgemeine Regelung ist dies nicht maßgebend. Die strenge Haftung ist in der Regel nur für den bedeutsam, der die Sache zurückgewähren soll, also für den Käufer. Ihm werden aber mit Recht als Korrelat für seine weitgehende Wandlungsbefugnis diese Pflichten und Beschränkungen auferlegt. Will der Käufer das nicht, so kann er ja die Minderung wählen. Soweit aber die strenge Haftung den Verkäufer trifft, ist sie der Auffluß nach BGB.; es spielt auch hier für das Gesetz der Gedanke herein, der Verkäufer habe durch die mangelhafte Lieferung eine Pflicht verletzt, sei nicht vertragstreu[83]).

Wir aber gehen bei dem allgemeinen Probleme der Enttäuschung davon aus, daß der Gegner des Rücktrittsberechtigten vertragstreu sei, es sich um einen rein objektivrechtlichen Behelf handle. Darum ist das unseres Erachtens verfehlte gesetzliche Werturteil bei der Wandlung einer allgemeineren Anwendung nicht fähig[84]).

Stampe[85]) hat die ganze Frage auch schon einer eingehenden Untersuchung unterworfen und kommt zu dem Ergebnisse, daß dann, wenn der Rücktritt wegen eines von keiner Partei zu vertretenden Umstandes erfolge, daß schon Geleistete nur nach Bereicherungsrecht, §§ 818 ff., zurückzugewähren sei.

b) Ersatz des Vertrauensinteresses nach dem Rücktritt.

Oertmann[86]) und Locher[87]) wenden sich gegen einen Vorschlag Krückmanns[88]), in den Fällen seiner Unmöglichkeit und Nichtzumutbarkeit der Rechtsausübung und der Nichtzumutbarkeit der

---

der Veräußerer zurücktreten, nicht der Erwerber!), dann könne § 346 BGB. unbedenklich Anwendung finden.

[82]) Bedenken dagegen schon bei Stampe in ZivA. 110, 191.

[83]) So erklärt denn auch das RG. in JW. 1928, 58 die strenge Haftung des Verkäufers damit, es handle sich um einen „jedenfalls objektiv rechtswidrigen Verstoß gegen eine wesentliche Vertragspflicht".

[84]) Gegen unsere Ansicht ist auch die Regelung beim Rücktritt vom Fixgeschäft, § 361, ein Fall der Enttäuschung durch beachtlichen Mindernutzen. Doch darf wohl auch hieraus kein allgemeines gesetzliches Werturteil entnommen werden, da ein solches wohl nicht aufgestellt werden sollte. Bedenken gegen diese Regelung hat Stampe in ZivA. 110, 200.

[85]) ZivA. 110, 191 f., 201, 205.

[86]) S. 156 ff.

[87]) S. 110 f.

[88]) ZivA. 116, 444 ff. und bes. 457 ff. Wie Krückmann schon Stampe in ZivA. 110 S. 203 u. 209.

Leistung (nicht dagegen bei beachtlicher Ungewißheit über die Gegenleistung) den Rücktritt nur gegen Ersatz des Vertrauensinteresses zu gestatten. Der rechtspolitische Grund ist für Krückmann der, daß sich der Aufhebungsberechtigte hier auf einen bei ihm wirksamen Umstand berufe. Es dürfte dem, was Locher gegen Krückmann vorbringt, daß es nämlich an jedem gesetzlichen Anhaltspunkte fehle, durchaus zuzustimmen sein. Dem ist noch hinzuzufügen: bei wem ist in den Fällen der Enttäuschung durch Mindernutzen der Umstand wirksam, der zur Aufhebung führt? Die Frage läßt sich nicht eindeutig beantworten. Ein Beispiel aus Krückmann: wenn wegen des Krieges Auswärtige Westerland räumen müssen, so liegt für den auswärtigen Mieter ein Fall der Unmöglichkeit der Rechtsausübung, eine Enttäuschung durch Mindernutzen, vor. Er kann nach Krückmann kündigen gegen Ersatz des Vertrauensinteresses, weil der Umstand, der zur Aufhebung führt, seine Eigenschaft als Auswärtiger, bei ihm wirksam ist. Unter lebhafter Billigung Krückmanns sagt aber andererseits der Amtsrichter von Westerland: „Der Schade ist eine Folge der Lage der Wohnung; deshalb ist der Vermieter der nächste, ihn zu tragen!" Beim Kaufe einer mangelhaften Sache, wo ist da der wirksame Umstand bei der Wandlung: darin, daß dem Käufer die Sache nicht paßt, oder darin, daß der Verkäufer, der wirklich nichts dafür kann, eine mangelhafte Sache liefert? Nach Krückmann dürfte der Käufer, da bei ihm Unzumutbarkeit der Rechtsausübung vorliegt, nur wandeln gegen Ersatz des Vertrauensinteresses; dem Gesetz ist dies fremd[89]). In den Fällen der Enttäuschung durch Überopfer liegt der die Aufhebung bewirkende Umstand auf seiten des Betroffenen; der andere Teil aber kann das Vertrauensinteresse nicht verlangen, wie sich aus dem gesetzlichen Werturteile der §§ 275 II, 323 BGB. ergibt. Dort ist davon nicht die Rede; die Interessenlage ist aber genau dieselbe, ob die Vertragsaufhebung wegen unendlicher, riesiger Opfer (Unmöglichkeit und Unvermögen) oder wegen bloßer Überopfer, bloßer Nichtzumutbarkeit der Leistung erfolgt.

c) Haftung für culpa in contrahendo.

Voll zuzustimmen ist Locher[90]), wenn der Aufhebungsberechtigte (der Bezweckende) wegen culpa in contrahendo das Vertrauensinteresse ersetzen soll, wenn er die Unmöglichkeit der Zweckerreichung beim Geschäftsschluß aus Fahrlässigkeit nicht kannte. Das ist heute, wo der Gedanke, daß die Kontrahenten weitgehende Sorgfaltspflichten treffen,

[89]) Daraus können allerdings wegen der Bevorzugung des Käufers durch das BGB. keine allgemeinen Folgerungen gezogen werden.

[90]) S. 111.

so vollkommen durchdrungen ist[91]), nicht mehr bestreitbar. Für die Fälle von Überopfern hat der Gedanke seinen besonderen Ausdruck in § 307 BGB.[92]) gefunden, der für alle Überopferfälle zu gelten hat und nicht auf die sogen. anfängliche Unmöglichkeit beschränkt werden kann. Bei der Gewährleistung für Sachmängel hat das Gesetz diesen Fall nicht besonders hervorgehoben. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so wird dieser Mangel einfach für unbeachtlich erklärt; bei leichter Fahrlässigkeit kann der Mangel beachtlich sein; ob der Käufer dann für das Vertrauensinteresse hafte — was in manchen Fällen durchaus ein Gebot der Billigkeit sein kann — ist im Gesetz mit Stillschweigen übergangen; man wird daraus zu schließen haben, daß den vom BGB. begünstigten Käufer in der Regel keine solche Haftung treffe; doch wird man in besonderen Fällen eine Ausnahme machen können.

Nicht behandelt ist von Locher die weitere Frage, ob nicht der Aufhebungsberechtigte, der Betroffene, seinerseits, wenn ihm kein Vorwurf gemacht werden kann, der andere dagegen die sogen. „Unmöglichkeit der Zweckerreichung" kannte oder kennen mußte, Ersatz des Vertrauensinteresses aus culpa in contrahendo des Gegners verlangen kann. Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen; jedoch dürfen an die Sorgfalt des Gegners nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden: er braucht im allgemeinen sich nicht darum zu bekümmern, ob der andere seine Vertragsinteressen erreicht; in der Regel wird man hier von einer Pflichtverletzung nur sprechen können, wenn der Gegner eine genügend sichere Kenntnis von der Unmöglichkeit der Zweckerreichung, davon, daß der Betroffene eine beachtliche Enttäuschung erleben werde, hatte. Aus besonderen Verhältnissen kann sich allerdings eine gesteigerte Sorgfaltspflicht ergeben, so aus den Beziehungen zwischen einer Bank und ihren Kunden für die Bank[93]). Für die Fälle von Überopfern ist der Gedanke wieder anerkannt in § 307 BGB. Für die Fälle des Mindernutzens kommt in Betracht der § 463 Satz 2 BGB. Der Verkäufer haftet hier für culpa in contrahendo[94]), weil er trotz Kenntnis des beachtlichen Mindernutzens den Käufer nicht vom Kaufe abhielt. Aber das BGB. schießt auch hier wieder im Interesse des Käufers über das Ziel hinaus;

---

[91]) Vgl. neuestens RG. JW. 1928, 1285 (mit Anm. Stoll).

[92]) den auch Locher heranzieht, obwohl er die Einreihung der Unmöglichkeit in die Geschäftszweckfälle ablehnt; mit Unrecht, wie man hier wieder sieht.

[93]) Vgl. RGE. 116, 15.

[94]) So auch RG. in JW. 1928, 1285; dagegen v. Blume in DogmJ. 55, 212 ff.

statt des Anspruches auf Ersatz des Vertrauensinteresses gibt es ihm das Erfüllungsinteresse[95]).

d) Maß des Ausgleichs.

Über das Maß des Ausgleichs bei der Sanierung an Enttäuschung krankender Verträge ist das RG. zu präzisen Grundsätzen nicht gelangt. Seine Formel ist, es müsse unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles ein den beachtlichen Interessen aller Beteiligten gerecht werdender billiger Ausgleich gefunden werden. Immerhin hat es anerkannt, daß, was die Höhe der Aufwertung angehe, im allgemeinen zwar gelte, daß dies Sache der tatsächlichen Erörterung des einzelnen Falles sei; es sich aber nicht verkennen lasse, daß die Aufwertung nicht nur nach billigem Ermessen erfolgen könne, sondern daß dabei gewisse rechtliche Grundsätze zu beachten seien; die richtige Anwendung dieser Grundsätze sei Rechtsfrage, nicht Tatfrage, und deshalb in der Revisionsinstanz nachzuprüfen[96]). Wir stellen als Grundsatz auf, wie im allgemeinen Teil näher ausgeführt wurde, daß die Überopfer und der Mindernutzen auszugleichen sind; dagegen nicht die bloßen Mehropfer und die bloße Nutzenminderung; insoweit hat der Betroffene das Risiko zu tragen[97]). — In der Rechtsprechung des RG. zeigen sich jedoch gewisse Ansätze in der Richtung unserer Ansicht, nämlich in der Rechtsprechung zur begrenzten Übernahme des Risikos der Geldentwertung; z. B.[98]) ein Lieferungsvertrag, im Oktober 1921 zu festen Preisen abgeschlossen, sieht Lieferung Ende März 1922 vor; das RG. gleicht nur die Entwertung des Kaufpreises seit Ende März 1922 aus, die Entwertung bis dahin hat der Lieferant zu tragen, da ihn insoweit das Risiko der Geldentwertung trifft[98a]).

---

[95]) Lenel in ZivA. 123, 184, nennt die Haftung hier auf das Erfüllungsinteresse unbillig; sie beruhe, S. 182, auf Justinian, während die Klassiker nur auf das negative Interesse haften ließen.

[96]) So RGE. 108, 379 ff.

[97]) So neuerdings auch klar erkannt von Krückmann in ZivA. 128. 191 f., 196.

[98]) RGE. 108, 379 ff.; weitere Rechtsprechung bei Mügel 1925 S. 131.

[98a]) Beispielsweise sei hier angeführt, von welchem Grade der Geldentwertung an das RG. diese für beachtlich erklärt: in RG. JW. 1925, 461 wird eine Entwertung von 50% für nicht genügend zur Erschütterung einer Preisabrede erklärt; in RG. JW. 1928, 158[10] wird erklärt, die Entwertung müsse über 50% hinausgehen; in RG. JW. 1928, 159[11] wird Aufwertung bei einer Entwertung auf 42% zugelassen, bei RG. JW. 1928, 162[16] bei einer Entwertung auf $^1/_3$; nach RG. JW. 28, 1800 kann Entwertung des Grundstückskaufpreises auf ungefähr die Hälfte zur Annahme einer groben Unbilligkeit genügen.

e) Nichtzumutbare Leistung ipso iure nicht geschuldet oder nur Einrede?

Eine Frage ist noch, ob eine nichtzumutbare Leistung ipso iure nicht geschuldet ist oder nur eine Einrede gegeben ist. Der Herleitung aus § 242 BGB. entspricht die ipso iure-Wirkung und die Beachtung eines Verstoßes gegen Treu und Glauben ohne besonderen Hinweis darauf[99]). Doch hat die Frage bei der Gestaltung unseres Prozesses: Verhandlungsmaxime mit Behauptungs- und Beweislast auf der einen und richterlicher Fragepflicht auf der anderen Seite keine große praktische Bedeutung. — Die Rechtsprechung des RG. spricht für die hier vertretene Ansicht; so sagt RGE. 107, 19 ff. auf die Frage, ob der auf Lieferung der verkauften Ware gegen Zahlung des Vertragspreises verklagte Verkäufer, wenn er einen ausdrücklichen Einwand wegen der inzwischen eingetretenen Geldentwertung nicht erhoben habe, unter allen Umständen antragsgemäß zu verurteilen sei: für gewöhnlich dürfe man davon ausgehen, daß eine Klage auf Lieferung nur gegen den Vertragspreis bei den besonderen Verhältnissen jener Zeit offensichtlich Unzumutbares zumute, gegen Treu und Glauben verstoße, und daher der Richter dem Klagebegehren auch dann nicht schlechthin entsprechen dürfe, wenn ein ausdrücklicher Einwand wegen des Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung vom Beklagten nicht erhoben worden sei[100]).

f) Die Art der Geltendmachung der Ausgleichsrechte im einzelnen.

Im allgemeinen wurden die Fälle, wo der Betroffene dem Gegner Gelegenheit zu geben hat, durch einen gewissen Ausgleich (Ersatz der Überopfer oder des Mindernutzens, Zustimmung zur Herabsetzung der Leistung des Betroffenen) den Vertrag in dieser veränderten Form aufrechtzuerhalten, und wo der Betroffene dann, wenn der Gegner von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch macht, zurücktreten kann, einer eingehenden Untersuchung unterzogen. Es gilt, die Stellung der Recht-

---

[99]) So auch Nipperdey in Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921.

[100]) Vgl. RGE. 106, 422 und die Zusammenstellung von Entscheidungen bei Plum in JW. 1924, 1457 f. Darnach ist die Stellung der Senate des RG. nicht einheitlich und nicht ganz klar: es kommen die Gesichtspunkte herein: der Verstoß gegen Treu und Glauben sei nicht ausdrücklich, d. h. eben stillschweigend geltend gemacht; oder es sei § 139 ZPO. verletzt; jedoch geht die Tendenz dahin, der Richter habe „von Amts wegen der Frage näher zu treten, ob nicht das Verlangen des Klägers gegen Treu und Glauben verstößt" (RG. bei Warn. 1923/24 Nr. 85).

sprechung dazu zu zeigen. In der früheren Zeit der Rechtsprechung des RG. zur Geldentwertung (vor RGE. 106, 422) war ein wirklicher Aufwertungsanspruch noch nicht anerkannt; vielmehr hatte der Geldschuldner nur die oben erwähnte Gelegenheit. Diese ältere Rechtsprechung läßt sich daher für unsere Frage verwerten und ist auch jetzt noch bedeutsam für die Fälle, wo der Gegner nur ein Ausgleichsrecht, nicht eine solche Pflicht hat. Der Standpunkt des RG. ist folgender: Der Betroffene darf erst zurücktreten, wenn der Ausgleichsberechtigte jeden Ausgleich endgültig abgelehnt hat; ist der Ausgleichsberechtigte grundsätzlich zu einem Ausgleich bereit, so ist der Rücktritt auch dann ausgeschlossen, wenn er nur einen beschränkten Ausgleich, nicht den vom Gericht für angemessen erachteten angeboten hatte[101]). Ist die Höhe des Ausgleichs durch Urteil festgesetzt, so ist damit nur gesagt, daß der Betroffene gegen Gewährung des Ausgleichs in dieser Höhe zur Leistung verpflichtet ist, nicht ist damit auch der Gegner zur Gewährung des Ausgleichs verpflichtet; er hat immer noch nur das Recht, gegen Gewährung des Ausgleichs sich die Gegenleistung zu erhalten; und der Betroffene kann erst, wenn der Gegner es ablehnt, von seinem Ausgleichsrechte Gebrauch zu machen, oder wenn er es in angemessener Frist trotz Aufforderung zur Erklärung nicht tut, vom Vertrage zurückzutreten. So sagt RGE. 107, 183, es liege nur eine beschränkte Verurteilung des Betroffenen vor, von welcher Gebrauch zu machen, der Gegner nicht gezwungen werden könne, wenn er mit dem vom Gericht für angemessen erachteten Ausgleich nicht einverstanden sei. — Weitere Belege gibt uns die Rechtsprechung zum Ausgleichsrecht des Veräußerers eines Grundstückes, der nachher mit persönlichen Aufwertungslasten überrascht wird. RG. JW. 1928, 890[102]) führt aus, der Erwerber könne trotz der Verurteilung zur Leistung eines Beitrages noch zurücktreten. Ich möchte nach dem im allgemeinen Teil Ausgeführten lieber so regeln, daß der Betroffene nicht auf Leistung eines Beitrages klagen kann, vielmehr nur auf Feststellung dahin, daß er nur gegen Leistung eines Ausgleiches der und der Art am Vertrage festgehalten werden könne. Ist ein entsprechendes Urteil ergangen, so braucht m. E. nicht der Erwerber zurückzutreten; er kann sich darauf beschränken, auf Aufforderung zur Erklärung den Ausgleich zu verweigern oder einfach zu schweigen, und dann kann der Betroffene, der Veräußerer, zurücktreten; der Erwerber, der Gegner des Betroffenen, braucht nicht und kann nicht zurücktreten; er verhält sich eben, wenn er nicht ausgleichen will, rein passiv; die Folgerungen daraus kann dann

---

[101]) So RG. in Warn. 1923/25 S. 3 Nr. 2.
[102]) Ebenso RG. JW. 1928, 1443.

der Betroffene ziehen. Im übrigen ist die theoretische Durchbildung der sachlichen Grundgedanken des RG. im allgemeinen Teil enthalten. Es sei noch darauf hingewiesen, daß meine Auffassung, daß der Ausgleich durch einen Vertrag über den Ausgleich, einen Ersatz- oder Erlaßvertrag, zu vollziehen sei, eine Stütze in der Vertragstheorie bei der Minderung[103]) beim Kaufe findet.

g) Verlust und Untergang der zunächst gegebenen Gestaltungsrechte.

Im allgemeinen Teile wurde ausgesprochen, daß die Gestaltungsrechte in unseren Fällen, die ihre Entstehung der Rücksichtspflicht des Vertragsgenossen auf die eigenen Interessen verdanken, ebenfalls durch die schuldige Rücksicht auf diesen Vertragsgenossen begrenzt sind sowohl nach ihrem Inhalt wie nach der Art und der Dauer ihrer Geltendmachung. Für die dortigen Einzelausführungen sind Belege aus der Rechtsprechung und dem Gesetze zu bringen und kritisch zu würdigen.

α) Einfluß von Kennen, Kennenmüssen und späterem Bemerken von Überopfern und Mindernutzen.

Die Gewährleistungsansprüche gehen verloren: bei vorbehaltsloser Annahme in Kenntnis des Mangels und ohne Kenntnis durch kurze Verjährung. Für den Fall ist im BGB. nichts bestimmt, daß der Käufer nach Annahme und vor Verjährung einen Mangel bemerkt. Trifft ihn hier die Last der Anzeige oder den Verkäufer? Aus dem Schweigen des Gesetzes ist ein allgemein geltendes Werturteil nicht zu entnehmen: denn für den Kauf des BGB. ist eine solche Bestimmung praktisch bei der kurzen Verjährung nicht sehr bedeutsam und das BGB. stellt überhaupt an die Sorgfalt des Käufers sehr geringe Anforderungen. Dagegen trifft beim Handelskaufe nach § 377 III HGB. den Käufer bei Gefahr des Verlustes seiner Rechte die Last unverzüglicher Anzeige eines entdeckten Mangels. Und das Reichsgericht[104]) hat ausgesprochen: erkenne der Betroffene, daß der Vertrag so, wie er geschlossen sei, für

---

[103]) Die Wandlung lasse ich hier außer Betracht; bei dieser dürfte die Vertragstheorie zu einem unnötigen Umwege führen; dagegen glaube ich, daß beim Ausgleich, also auch der Minderung, der Weg über den Ausgleichsvertrag der Sache gerecht wird. Denn es ist doch so, daß die Parteien als vernünftig Wirtschaftende den Ausgleichsvertrag an sich schließen müßten; kommen sie nicht selbst zusammen, so hat sie der Richter zusammenzuführen. — Vgl. im übrigen zu der Frage Vertrags- oder Herstellungstheorie die klaren Ausführungen von Enneccerus, Schuldverhältnisse § 333, die auch für das allgemeine Problem aufschlußreich sind.

[104]) in LZ. 1923, 646 [4].

ihn nicht mehr erfüllbar sei, so habe er es dem anderen Teil ohne Säumen zu erklären, widrigenfalls er an den Vertrag gebunden bleibe. Eine gegenüber dieser allgemeinen Anzeigelast gesteigerte Sorgfaltslast trifft den Betroffenen bei Annahme der mindernützigen Gegenleistung bzw. bei Erbringung seiner mit Überopfern verknüpften Leistung; es ist dann ein sogen. Vorbehalt der Ausgleichsrechte zu machen. Dies ergibt sich bei der Sachmängelgewähr aus § 464 BGB. und das RG. hat in RGE. 106, 11 ausgesprochen, wenn man in Kenntnis der Nichtzumutbarkeit freiwillig seine völlige Verpflichtung in einem wesentlichen Teile erfüllt und die vom Gegner geschuldete Gegenleistung zum großen Teile angenommen habe, so habe man „das Recht verwirkt, sich vom Vertrage loszusagen".

Daß Anzeige und Vorbehalt unterbleiben dürfen, wenn die Beeinträchtigung der Interessen des Betroffenen offensichtlich so erheblich ist, daß der Gegner auf das unveränderte Bestehenbleiben des Vertrages nicht vertrauen durfte, ergibt sich aus § 378 HGB. und liegt der Bestimmung des § 15 Aufwertungsgesetzes (Aufwertung kraft Rückwirkung) zugrunde. Bei der freien Aufwertung hat die Rechtsprechung den Gedanken, daß ein Vorbehalt wegen der Geldentwertung als selbstverständlich nicht erforderlich sei, sehr weit, vielleicht zu weit, anerkannt. — Daß eine über die Anzeigelast hinausgehende Last, achtzugeben, ob man den Vertrag unverändert werde erfüllen können, bestehen kann, ergibt sich aus § 377 HGB. (Untersuchungslast) und das RG.[105]) hat ausgesprochen: seit der Betroffene nach Lage der Verhältnisse ohne weiteres imstande, zu erkennen, daß der Vertrag so, wie er geschlossen ist, für ihn nicht mehr erfüllbar sei, so habe er es dem anderen Teile ohne Säumen zu erklären, widrigenfalls er an den Vertrag gebunden bleibe. — Eine Regelung derart, daß der Betroffene bei Verspätung seiner Anzeige oder des Vorbehalts seine Ausgleichsrechte nicht ganz verliert, sondern nur wegen der Verspätung schadensersatzpflichtig ist, wird im Gesetze nirgends vorgesehen und ist anscheinend auch von der Rechtsprechung nicht vorgenommen worden; doch dürfte eine solche in manchen Fällen angemessen sein.

β) Verlust durch reinen Zeitablauf.

Bei der freien Aufwertung hat das RG. anerkannt, daß die Ausgleichsrechte nach Verfluß einer angemessenen Zeit nicht mehr geltend gemacht werden könnten, wenn dies bei Berücksichtigung aller Umstände Treu und Glauben entspreche[106]). Wir sind im allgemeinen Teile

[105]) RG. in LZ. 1923, 646[4].

[106]) Entscheidungen zur sog. Verwirkung: RG. JW. 1927, 2915, mit Schilderung der Entwicklung bis zu diesem Urteil (dazu Müg el); weiter: JW.

zu dem Ergebnisse gekommen, daß die Ausgleichsrechte von vornherein auf eine angemessene Frist befristete Rechte seien. — Es bietet einen interessanten Einblick in das Werden des Rechtes, diesen Fragen etwas nachzugehen. Wir haben zwei Endigungsgründe für Rechte: eigenes Verhalten des Berechtigten (Erlaßvertrag und Verzicht) und reinen Zeitablauf (Verjährung und Ausschlußfristen). Das RG. sah sich in gesundem Instinkte genötigt, bei der Aufwertung den Ausgleichsrechten ein zeitliches Ziel zu setzen. Es sah sich aber verhindert, eine Beendigung durch Erlaß und Verzicht anzunehmen, da es, ausgehend von der Willenstheorie, dafür das Bewußtsein, ein Ausgleichsrecht zu haben, verlangte[107]). Zu einer Beendigung durch reinen Zeitablauf konnte es sich aber nicht entschließen, da ihm eine solche Rechtsgestaltung nur in der Macht des Gesetzgebers zu liegen, die Macht des Richters zu überschreiten schien. Was tat es? Statt einer klaren Theorie schuf es sich den Begriff der Verwirkung. Was ist das aber anderes als der Oberbegriff für Rechtsverlust durch eigenes Verhalten und reinen Zeitablauf? Damit war der Gedanke also nur verschleiert. Als sich gegen den Begriff der Verwirkung Angriffe erhoben, wurde auch dieser[108]) fallen gelassen und man zog sich auf § 242 BGB. zurück[108a]). Man muß sich aber, will man Klarheit schaffen, entscheiden, ob man in unseren Fällen Verwirkung durch eigenes Verhalten oder durch reinen Zeitablauf annehmen will. Für die Erklärungstheorie würde es nun keine Schwierigkeiten machen, einen Erlaßvertrag anzunehmen, ohne daß der Erlassende an einen solchen dachte; der Vertrag würde nach § 151 BGB. dadurch zustandekommen, daß sich der andere Teil darauf einrichtet, daß keine Änderung mehr eintritt. Allerdings könnte dann der Erlassende nach § 119 I u. U. anfechten, hätte dann aber das Vertrauensinteresse nach § 122 zu ersetzen. Richtiger[108b]) dürfte es aber sein,

1927, 2910, 2912; JW. 1928, 161, 162[16], 163[18], 485[18] (dazu Plum in JW. 1928, 651); JW. 1928, 485[19]) (dazu Trenk); JW. 1928, 490 (dazu Stoll). Wohl abschließend: RG. JW. 1928, 650 = RGE. 118, 378. Vgl. noch: RG. JW. 1928, 1285[2] (dazu Neukirch S. 1804); JW. 1928, 2634 (dazu Frankenberger). Gegen die Verwirkungslehre: Weiß in Festschrift für Heilberg S. 78 ff. und Roth, Beisler und Salfeld in JW. 1928, 1335 ff.

[107]) Das betont das RG. immer wieder mit Nachdruck, vgl. z. B. JW. 1928, 488[21] (Stoll).

[108]) in JW. 1928, 650[22].

[108a]) Vgl. schon RGE. 60, 348: „Niemand darf mit der Verfolgung seiner Rechte solange zuwarten, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben, also ein illoyales Verhalten zu finden ist." Ähnliche Probleme finden sich im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht; vgl. Reimer in JW. 1928, 2064: „Die Gefahr des „langen Zuwartens" für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- u. Wettbewerbsrecht".

[108b]) theoretisch richtiger! Der praktischen Entscheidung liegen die gleichen sachlichen Erwägungen zugrunde; sehr bezeichnend ist RG. JW. 1928,

Verwirkung durch reinen Zeitablauf anzunehmen, wie wir im allgemeinen Teile ausführten. Es fragt sich dann nur, welche Zeit die angemessene ist. Die Werturteile können wir aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Verwirkung durch Zeitablauf entnehmen. Es werden darnach Ansprüche in der Regel in 30 Jahren verwirkt. Dabei handelt es sich jedoch in der Regel um Ansprüche, die nach Grund und Höhe feststehen, mit denen also wohl so lange gerechnet werden muß. Bei Rechten aber, von denen der andere Teil dem Grunde nach gar nichts zu wissen braucht, bei denen aber jedenfalls die Höhe regelmäßig ganz im unklaren ist, muß nach der Ansicht des Gesetzes möglichst rasch hervorgetreten werden; darum in § 121 unverzügliche Anfechtung, bei deliktischen Schadensersatzansprüchen Verjährung in drei Jahren, § 852. In diesen Fällen ist der Beginn der kurzen Verwaltungsfrist noch abhängig von der Kenntnis des Berechtigten vom Grund seiner Rechte. Aber auch dies ist nicht mehr der Fall bei der Verjährung der Mängelansprüche im § 477 BGB.; diese ist[109]) ganz unabhängig von der Kenntnis des Berechtigten vom Sachmangel. Und gerade dieses gesetzliche Werturteil bei dem einzigen genauer geregelten Enttäuschungsfalle ist von der allergrößten Bedeutung. Wir werden daraus den allgemeinen Gedanken für alle Enttäuschungsfälle entnehmen, daß die Geltendmachung der Ausgleichsrechte zeitlich ziemlich beschränkt sein solle, auch dann, wenn der Betroffene von der Beeinträchtigung keine Kenntnis hat. Die Verspätung ist, wie bei der Verjährung, zweckmäßigerweise vom Gegner in der Form der Einrede zu rügen. Bei der Aufwertung kann man sich zur Stütze dieses Gedankens noch auf die Fernwirkungen des Aufwertungsgesetzes, die Ausschlußfrist des § 16, berufen. Eine bestimmte Frist kann der Richter allerdings nicht schaffen; dies ist aber auch nicht zweckmäßig bei der Verschiedenartigkeit der Fälle. Bei der freien Aufwertung wird hier insbesondere unterschieden zwischen Geschäften des kaufmännischen Umsatzes oder des täglichen Wirtschaftslebens: über sie geht die Zeit rasch hinweg, Ausgleichsrechte gehen schon nach verhältnismäßig kurzer Zeit verloren; und andere, sogen. lebenswichtige Geschäfte: hier ist eine weitherzige Beurteilung am Platze und auch noch nach verhältnismäßig langer Zeit kann eine Beeinträchtigung beachtet werden.

2634: „Dieses Bedenken (gegen die Annahme eines Verzichtsvertrages) steht in gleichem Maße der auf Grund von § 242 BGB. ausgesprochenen Versagung jeder Aufwertung entgegen."

[109]) im Gegensatze zum gemeinen Recht (so Enneccerus § 334 Note 2).

γ) Einwirkung von Verzug.

Schließlich sei noch betont, daß RG. JW. 25, 1377 im Anschluß an RG. 103, 5 ausführt, daß bei Unzumutbarkeit Verzug des Lieferungsschuldners, ja schon ungerechtfertigte Verzögerung der Lieferung, die bewirkt, daß er nur noch unter den zu seinen Ungunsten veränderten Verhältnissen erfüllen kann, genügt, um sein Freiwerden von der Leistungspflicht auszuschließen. Ich möchte doch, wie schon im allmeinen Teil, annehmen, daß wirklicher Verzug erforderlich ist; für die Erweiterung des RG. fehlt es sowohl an einem positivrechtlichen Anhalt wie an einem rechtspolitischen Grunde. Ausgleich der Geldentwertung, die ja nur zu einer formalen Erhöhung des Geldbetrages, nicht zu einer Mehrleistung des Gegners des Betroffenen führt, wird durch Verzug des Betroffenen nicht ausgeschlossen, wie auch das RG. in RGE. 106, 422 anerkannte, nachdem klar erkannt worden war, daß es sich um Ausgleich des Mindernutzens der Geldleistung, nicht um Überopfer des Sachschuldners handele.

III.

Insbesondere die Lehre von Motivirrtum und besonders seine Behandlung durch die Rechtsprechung des RG. führt zu unserer Lehre hin.

Noch von einer ganz neuen Seite her können wir unserem Probleme nahekommen und wir werden schließlich finden, daß in der Rechtsprechung des RG. zum sogen. Motivirrtum die ganze Lehre schon erstaunlich weitgehend, wenn auch noch etwas unklar, anerkannt ist.

Wir werden zu dem Ergebnisse kommen, daß die volle Durchbildung der Lehre vom sogen. Motivirrtume bei gegenseitigen Verträgen zu folgendem Satze führt: wird die Erwartung einer Partei von der Tauglichkeit des Geschäfts zur Wahrung ihrer Interessen (daß sie nur bestimmte Opfer werde bringen müssen oder einen bestimmten Nutzen haben werde) enttäuscht, so ist diese Enttäuschung für das Schicksal des Vertrages beachtlich, wenn jenes Parteiinteresse zugleich Vertragsinteresse[110]) ist.

---

[110]) So im Anschlusse an die Terminologie Lochers; also: wenn die Bedeutsamkeit jenes Parteiinteresses durch sog. gemeinsamen Parteiwillen anerkannt ist.

1. § 119 II BGB.

a) Kritik des Gesetzes.

Die positivrechtliche Grundlage enthält § 119 II BGB. Wie gleich vorangestellt werden soll, enthält diese Bestimmung folgende drei Unrichtigkeiten:

a) daß es sich überhaupt um eine Enttäuschung handle, sichert das Gesetz durch das Erfordernis, daß der Betroffene die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage — bei richtiger Vorstellung bezügl. der fraglichen Eigenschaft der Person oder der Sache — nicht abgegeben haben würde. — Die Beachtlichkeit einer Enttäuschung wegen einer vorhandenen oder nicht vorhandenen Eigenschaft wird anerkannt, wenn diese Eigenschaft im Verkehr als wesentlich angesehen wird und wenn sie überdies im konkreten Falle bedeutsam ist, indem der Betroffene bei verständiger Würdigung des Falles die Vertragserklärung nicht abgegeben haben würde. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist das Parteiinteresse an dem Vorhanden- bzw. Nichtvorhandensein der fraglichen Eigenschaft Vertragsinteresse in unserem Sinne geworden. Das ist der richtige Kern der gesetzlichen Erfordernisse; hier zeigt sich aber auch die erste Unrichtigkeit: anstatt ganz allgemein auf die konkrete Interessenlage, die Aufnahme eines konkreten Parteiinteresses in die Zweckgebundenheit eines Vertrages zu verweisen, wird aus überkommenen dogmatischen Vorstellungen heraus und in übergroßer Vorsicht nur ein einzelner typischer Fall herausgegriffen. Es ist zwar richtig, daß das Interesse an dem Vorhanden- bzw. Nichtvorhandensein einer Eigenschaft dann, wenn es sich um eine sogen. verkehrswesentliche handelt, in die Zweckgebundenheit des Vertrages aufgenommen ist; aber das eigentlich entscheidende ist, ob die Eigenschaft nach der ganz konkreten Interessenlage deutsam, wesentlich ist und sein soll und die sogen. Verkehrswesentlichkeit ist dafür nur ein Indiz. Aber auch die Beschränkung auf Eigenschaften ist innerlich nicht gerechtfertigt; grundsätzlich kann jedes Interesse in die Zweckgebundenheit eines Vertrages aufgenommen werden.

b) Eine weitere, theoretische, Unrichtigkeit ist die Fiktion, daß es sich in diesen Enttäuschungsfällen um einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung handle.

c) Dies hat aber die sachliche Unrichtigkeit zur Folge, daß die Folgen unserer Enttäuschung die eines Irrtums nach § 119 I BGB. sind, der etwas grundsätzlich anderes ist.

Diese unsere Stellungnahme findet durchaus ihre Stütze in der Literatur.

Krückmann[111]) und im Anschluß an ihn Locher[112]) betonen, daß bei 119 II das Entscheidende nicht der Irrtum, der Mangel einer richtigen Vorstellung beim Geschäftsschluß, ist, sondern daß der Mangel der verkehrswesentlichen Eigenschaft das Geschäft (präsumtiv) als objektiv untaugliches Mittel zur Erreichung des damit verfolgten Zweckes erscheinen läßt; der Irrtum hat nur eine negative Funktion[113]). Daß dieser zu einer Interessenbeeinträchtigung führende Irrtum auf falschen Vorstellungen, falschem Urteil beruhe, also ein sogen. Motivirrtum, nicht Inhaltsirrtum sei, ist herrschende Ansicht[114]).

b) Das Problem des Motivirrtums und das Problem der sogen. Geschäftsgrundlage ist dasselbe.

Daß es sich bei den Fällen des § 119 II, überhaupt dem sogen. Motivirrtum und den Problemen, die hinter den Begriffen Geschäftsgrundlage, Geschäftszweck, Enttäuschung stehen, um dasselbe handelt, ist in der Literatur schon vielfach zu mehr oder weniger klaren Ausdruck gekommen. So ist zunächst der Zusammenhang zwischen Motivirrtum und der Enttäuschung durch Mindernutzen beim Kauf, der Sachmängelgewähr, schon in den Materialien[115]) zum Ausdruck gekommen, indem gesagt wird, an sich liege beim Kauf einer mit einem vom Käufer nicht gekannten Mangel behafteten Sache ein Irrtum im Beweggrunde vor; diesem werde, in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze der Unbeachtlichkeit solchen Irrtumes, durch positive Vorschrift die Wirkung beigelegt, daß der Käufer wegen des Mangels Wandlung oder Minderung verlangen könne. v. Blume[116]) sieht den Rechtsgrund der Gewährschaft darin, daß der Käufer wegen des Sachmangels den Vertrag deshalb rückgängig machen dürfe, weil er bei der Übergabe der Sache in einer Erwartung enttäuscht werde, die er nach den Zusicherungen des Vertragsgenossen oder nach der Verkehrsauf-

---

111) DogmJ. 59, 104 ff.; ZivA. 116, 309; JW. 1921, 738 ff. Dagegen Oertmann, Komm. 1927 z. BGB. Allg. Teil zu § 119.

112) S. 25.

113) Ebenso sagt Lenel in ZivA. 123, 161 ff. zu ALR. I, 4 § 81 (Irrtum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet die Willenserklärung): dies sei beachtenswert, nur unglücklich ausgedrückt; das Entkräftende sei nicht der Irrtum, sondern die fehlende Eigenschaft, und bei Nichtirrtum sei nur eine Einrede gegeben.

114) Anders Manigk in „Irrtum und Auslegung" und JW. 1927, 3001.

115) Mugdan II S. 658.

116) DogmJ. 55, 212 ff.

fassung habe haben dürfen. Pisko[117]) will künftig die ganze Lehre von der Sachmängelhaftung in einer zweckmäßig ausgebauten Irrtumslehre aufgehen lassen. Und von der anderen Seite herkommend sagt Lenel[118]), es wäre beim Fehlen einer Eigenschaft nach § 119 II BGB. am zweckmäßigsten, wenn man das Recht der ädilizischen Aktionen anwenden dürfte; und ebenso Oertmann[119]) für den Fall eines beiderseitigen Eigenschaftsirrtumes. Allgemeiner betont den Zusammenhang Stoll[119a]), wenn er ausführt, es dürfte der praktisch gesunde Gedanke, ein Geschäft als hinfällig zu behandeln, wenn beide Parteien sich im gleichen Irrtum befanden, geeignet sein, die unter dem Wort: mangelnde Geschäftsgrundlage bekannte Lücke unseres Gesetzes zu ergänzen. Aufs entschiedenste hat aber schließlich Krückmann hervorgehoben: was als vorvertraglicher Tatumstand zur Anfechtung führe, ergäbe als späterer Tatumstand einen Fall seiner cl. r. s. st., „es schließt sich die cl. r. s. st. innervertraglich an die auf die vorvertraglichen Tatumstände gestützte Anfechtbarkeit an“[120]); Irrtumstatbestände, beachtliche Ungewißheit über die Gegenleistung, Nichtzumutbarkeit hingen alle innig miteinander zusammen; man könne überhaupt die Fälle der Anfechtbarkeit wegen Irrtums als Fälle der Nichtzumutbarkeit der Rechtsausübung bezeichnen. Schließlich möchte ich mich anschließen und ganz allgemein aussprechen: die Fälle des Eigenschaftsirrtums nach § 119 II BGB. zerfallen in die zwei Hauptgruppen: entweder müßte der Betroffene bei unverändertem Festhalten an dem Vertrage eine Leistung erbringen, die wegen der fraglichen Eigenschaften für ihn mit nicht erwarteten Opfern verknüpft ist, oder würde er eine Gegenleistung erhalten, die wegen der fraglichen Eigenschaften ihm nicht den erwarteten Nutzen bringen würde; sie zerfallen also in die zwei Hauptgruppen der Enttäuschung überhaupt.

c) § 119 II BGB. genügt nicht zur Erfassung und Regelung des beachtlichen Motivirrtums.

Daß der Rahmen des § 119 II zu eng ist, hat Lenel[121]) in einer meisterhaften Studie nachgewiesen. Auch in den meisten übrigen kontinentalen Rechten befänden sich dieselben Schwierigkeiten wie bei uns.

---

[117]) Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware, 2. Aufl. 1926, S. 85 f.; nach der Besprechung von Titze in JW. 1927, 2964.

[118]) ZivA. 123, 161 ff.: der Irrtum über wesentliche Eigenschaften.

[119]) ZivA. 117, 305 ff.

[119a]) in „Beziehungen der Rechtslehre zur Praxis“, ZivA. 126, 181 ff.

[120]) ZivA. 116, 234; das Weitere S. 369 ff. und S. 451.

[121]) ZivA. 123, 161 ff. (wie Note 118).

Es komme das von der Tradition des römischen Rechtes; aber nicht des klassischen, das habe — wie heute das englische — das Richtige gefunden, sondern von der Verfälschung Justinians unter dem Einflusse philosophischer Spekulationen. Ich möchte dem noch den wirtschaftlichen Grund hinzufügen: genau so wie der Gedanke der Gewährschaft nur bei Sachkauf und Miete, den Grundgeschäften einfache Verhältnisse, seine Ausbildung fand, ebenso die Fälle von Beachtlichkeit des sogen. Motivirrtums nur bei den verkehrswesentlichen Eigenschaften; denn das ist für einfachere Verhältnisse der Hauptfall und man kann damit auskommen. Heute aber gilt es, diese Gedanken in ihrer allgemeinen Tragweite zu erkennen und durchzubilden, um auch komplizierteren Verhältnissen gerecht werden zu können. Das sind ja gerade die Aufgaben für unsere heutige Rechtsprechung und Wissenschaft, mit einem aus einfacheren Verhältnissen erwachsenem Rechte den verwickelteren Verhältnissen einer weiterschreitenden Zeit gerecht zu werden. — Nach Lenel liegt kein Grund vor, den Motivirrtum über die substantia anders zu behandeln als andere Motivirrtümer. Er hält sich jedoch an das positive Recht für gebunden und will nur verständig auslegen: an Stelle der abstrakten Verkehrswesentlichkeit will er die nach den konkreten Umständen berechtigte Annahme einer Eigenschaft setzen[122]).

Auch von der Rechtsprechung wurde der Rahmen des § 119 II BGB. als zu eng empfunden; auch andere Motivirrtümer drängten nach Beachtung. Zunächst wurde § 119 II ausgedehnt von Eigenschaften „der Person oder der Sache", auf Eigenschaften eines anderen Geschäftsgegenstandes[123]). Eine weitere Ausdehnung des § 119 II als solchen hat das RG. immer scharf abgelehnt; dagegen wurde sachliche Abhilfe getroffen in den erforderlichen Fällen, in dem der Motivirrtum dann als ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung nach § 119 I BGB. aufgefaßt wurde; man machte also die gleiche Fiktion wie das Gesetz selbst in § 119 II[124]). Besonders geschah dies in der Rechtsprechung zum sogen. Kalkulationsirrtum[125]). Diese Praxis wurde von maßgeben-

---

[122]) Ebenso Flad in Gruchot 61, 17: ob eine Eigenschaft für wesentlich zu erachten sei, sei, wenngleich auf der Grundlage der Verkehrsauffassung im allgemeinen, so doch entscheidend auch nach dem konkreten Inhalte des einzelnen Geschäftes zu beurteilen. — Gegen Lenel: Enneccerus, Allg. Teil § 157 Note 24, m. E. unter Verkennung dessen, was Lenel will; die Beispiele Lenels mögen im einzelnen angreifbar sein. — Sicher unhaltbar ist es, wenn Lenel dem über wichtige Eigenschaften irrenden Veräußerer grundsätzlich die Anfechtung versagt, außer bei Schenkungs-causa.

[123]) Vgl. die Nachweise bei Enneccerus, Allg. Teil § 157 Note 29; das RG. hat so entschieden RGE. 103, 22.

[124]) Ausgangspunkt RGE. 64, 266 ff., woran in der Folge ziemlich unverändert festgehalten wurde.

[125]) Dazu neuestens Krückmann in ZivA. 128, 157 ff.

der Seite kritisiert; insbesondere wurde die Anwendung der gewöhnlichen Anfechtungsfolgen, insbesondere die Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB. als unangemessen empfunden[126]). Insbesondere sagt Stampe[127]) sehr richtig, zur Wahrung der berechtigten Interessen des Irrenden sei nicht immer Beseitigung des Vertrages nötig, es genüge oft eine Leistungsänderung und es sei dafür ein fein differenziertes System von Rechtswirkungen[128]) erforderlich. — Das RG. selbst empfindet die Schadensersatzpflicht des Betroffenen als unbillig, wie sich daraus ergibt, daß es sie möglichst zu umgehen sucht[129]).

2. Die Rechtsprechung des RG. zum beiderseitigen Erfolgsirrtum führt zu unserer Lehre.

Doch von einer anderen Seite her ist das RG. der Wahrheit schon erheblich nahegekommen, in seiner Rechtsprechung zum beiderseitigen Erfolgsirrtum. Das RG. hat in RGE. 108, 105 folgendermaßen entschieden: im Rahmen eines Erbauseinandersetzungsvertrages hatte die Klägerin u. a. anerkannt, daß sie in gewisser Richtung verpflichtet sei. Die Parteien gingen übereinstimmend davon aus, daß die Klägerin dazu durch Auflage im Testament verpflichtet sei; dieser Auflage sollte nachgekommen werden. Die Auflage bestand aber nicht; die Klägerin klagt auf Feststellung, daß sie nicht verpflichtet sei. Das RG. führt aus, an sich liege nur ein unbeachtlicher Motivirrtum der Klägerin vor; aber der Beklagte habe sich im selben Irrtum befunden. „Es liegt also nicht bloß ein einseitiger Irrtum der Klägerin, sondern ein Irrtum beider Teile über die objektive Grundlage des von ihnen abgeschlossenen Anerkenntnisvertrages vor." Die Klägerin braucht das Anerkenntnis nicht gegen sich gelten zu lassen. „Wollte der Beklagte festhalten, so würde er nach Lage der Sache gegen Treu und Glauben verstoßen und damit der Klägerin den Einwand der allgemeinen Arglist an die Hand geben." Und aus RG. III vom 2. 11. 1926 in Gruchot 69, 216 ist hinzuzufügen: „in Fällen dieser Art bedarf es der Irrtumsanfechtung überhaupt nicht; vielmehr ist für die rechtliche Beurteilung schlechthin § 242 BGB. maßgebend."[130]).

Es ist sonach beachtlich, wenn ein Irrtum beider Teile über die objektiven Grundlagen des von ihnen abgeschlossenen Vertrages vor-

---

[126]) So v. Tuhr in LZ. 1918, 126 ff. und 1921, 158 ff.; Lenel in DJZ. 1920, 417; Manigk in JW. 1927, 3001; Krückmann in ZivA. 128, 160.
[127]) JW. 1921, 826.
[128]) Ein solches haben wir im Allg. Teil zu geben versucht.
[129]) Besonders deutlich RGE. 116, 15.
[130]) Diese Rechtsprechung wird bestätigt in RG. IV 15. 12. 1927 in JW. 1928, 401.

liegt. Diese Auffassung bedarf einer Klarstellung und auch einer gewissen Korrektur:

a) Das Ausschlaggebende ist nicht der Irrtum über die objektiven Grundlagen, sondern entsprechend dem schon zu § 199 II Ausgeführten ist das Wesentliche, daß beide Teile das Geschäft als taugliches Mittel zur Wahrung eines bestimmten Interesses eines Teiles angegesehen haben und sich dann herausstellt, daß der erwünschte Erfolg nicht erreicht wird oder daß sich unerwünschte Folgen zeigen.

b) Deutlich zum Ausdruck zu bringen ist, daß das genannte Interesse, daß zunächst einseitiges Parteiinteresse ist, zum Vertragsinteresse im Sinne Lochers geworden, in die Zweckgebundenheit des Vertrages aufgenommen sein muß.

c) Beim Interessierten, Betroffenen muß psychologisch vorhanden sein: α) die Vorstellung des zu wahrenden Interesses, β) das Urteil, daß das abgeschlossene Geschäft zu seiner Wahrung tauglich sei. — Das RG. könnte durch seine Formulierung veranlassen, anzunehmen, daß auch der Gegner, psychologisch real, diese Vorstellung und dieses Urteil teilen müsse. Das darf man aber nicht verlangen; man darf das Schicksal des Geschäfts nicht von dem Seelenleben[131]) des Gegners abhängig machen. Das Wesentliche ist vielmehr, daß der Interessierte, um uns in der überkommenen Sprache auszudrücken, bei objektiver Würdigung darauf vertrauen dürfte, daß der Gegner damit einverstanden sei, daß sein Parteiinteresse in die Zweckgebundenheit des Vertrages aufgenommen werde.

d) Andererseits: wenn der Gegner erkennt, daß der Betroffene das Urteil von der Tauglichkeit des Geschäftes zur Wahrung eines Interesses hat, so ist es nicht erforderlich, daß auch er seinerseits irrtümlich die Tauglichkeit annehme. Teilt er das irrtümliche Urteil, so ist allerdings der klare Fall des beiderseitigen Erfolgsirrtums gegeben, wie ihn das RG. im Auge hat. Teilt er das irrtümliche Urteil aber nicht, so muß sich der Gegner doch zum mindesten so behandeln lassen, als habe er die Untauglichkeit nicht gekannt. Seine Arglist kann ihm nicht zum Vorteil gereichen. Man wird ihn darüber hinaus sogar auf Ersatz des Vertrauensinteresses aus culpa in contrahendo haften lassen müssen.

Werden also diese Neuansätze der Rechtsprechung des RG. folgerichtig durchgedacht, so kommt man zu dem Satze: nimmt beim gegen-

---

[131]) wie Neubecker sagt a. a. O. (vgl. Anm. 63).

seitigen Vertrage ein Teil an, ein Geschäft sei zur Wahrung eines bestimmten Interesses tauglich und darf er darauf vertrauen, daß der Gegner die Wahrung dieses Interesses als für das Schicksal des Vertrages beachtlich genehmige, so ist die Untauglichkeit des Geschäftes zur Wahrung dieses Interesses, die Enttäuschung des Betroffenen beachtlich. — Also auch von dieser Seite her kommt man auf unsere Lehre. Das RG. braucht nur diese Rechtsprechung und die über das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung vollends durchzubilden, dann kann es die ganze einheitliche Lehre anerkennen.

Die Regelung der an sogen. beiderseitigem Erfolgsirrtum kranken Verträge soll nach RG. in Gruchot 69, 216 allein nach § 242 BGB. erfolgen. Dort handelt es sich um einen Fall des Mindernutzens. Die Regelung erfolgte dadurch, daß der Gegner sich bereit erklärte, diesen auszugleichen: infolge des Kurswertirrtums würde der Verkäufer zu wenig erhalten; der Verkäufer bleibt jedoch an den Vertrag gebunden, da der Käufer den Unterschied zwischen erwartetem und wirklichem Werte der Papiere ersetzt, indem er seine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung entsprechend kürzt. — Es ist also ausgesprochen, daß der kranke Vertrag nicht einfach hinfällig ist, sondern daß zunächst der Versuch einer Einrenkung zu machen ist. Maßgebend ist unser im allgemeinen Teil aufgestelltes System.

3. Die Formel des RG. zur Fiktion eines Inhaltsirrtums führt zu unserer Lehre.

Gestützt auf das Ergebnis unserer bisherigen Darlegungen soll nunmehr die Formel des RG. in den Fällen, in denen ein Motivirrtum als Irrtum über den Inhalt der Erklärung fingiert und dadurch beachtlich wird, unter die Lupe genommen werden. Besonders deutlich ist hier RGE. 94, 65: „Nicht alles, was in der Erklärung keinen wört-„lichen Ausdruck gefunden hat, ist darum reiner Irrtum im Beweggrunde. Auch die — irrtümlich für richtig gehaltenen — Grundlagen der Erklärung, auf denen diese sich aufbaut und die an sich nur einen Irrtum im Motiv abgeben, werden zum Inhalte der Erklärung, wenn sie in einer dem Gegner erkennbaren Weise die Erklärung beeinflußt haben und wenn sie Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien geworden sind.“ — Die Fiktion des Inhaltsirrtums ist eine rein äußerliche Verbrämung, zur Beruhigung für das paragraphentreue Gewissen. Dem sachlichen Gehalte nach steckt in der Formel des RG. die Anerkennung unserer Lehre. — Das RG. sagt, es handle sich an sich um einen reinen Irrtum im Motive; dieser werde unter folgen-

den Voraussetzungen beachtlich (das RG. drückt dies so aus: er werde zum Inhaltsirrtum),

a) wenn er in einer dem Gegner erkennbaren Weise die Erklärung beeinflußt habe. Erkennbar heißt: der Betroffene durfte darauf vertrauen, daß sein Urteil von der Zweckdienlichkeit des Geschäftes geteilt werde. Nur dieses Urteil muß erkennbar sein. Nicht erkennbar sein muß, wie gegen Irrtümer in dieser Richtung betont werden muß[131a]), die Untauglichkeit des Geschäfts; so sagt das RG. in RGE. 116, 15: es war dem Gegner „die Grundlage des Auftrages sehr wohl erkennbar, nur den Irrtum als solchen erkannte er nicht, aber darauf kommt es für die Anwendbarkeit des § 119 BGB. (gemeint ist Abs. 1) auch nicht an".

b) der Motivirrtum soll unter der weiteren Voraussetzung beachtlich sein, daß diese irrtümlich für richtig gehaltenen Grundlagen der Erklärung „Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien geworden sind". Das heißt aber, in die Sprache Lochers übersetzt, nichts anderes als daß die Wahrung des Parteiinteresses zum Geschäftszweck erhoben worden sein muß[132]); oder: daß der Betroffene darauf vertrauen durfte, daß der Gegner die Wahrung seines Interesses als für das Schicksal des Vertrages bedeutsam genehmigt habe.

Also auch von dieser Seite her ist die Lehre in der Rechtsprechung gut fundiert. — Zum Verhängnis wird die Inhaltsirrtumsfiktion erst bei den Folgen: die Fälle werden wie ein einseitiger Geschäftsirrtum behandelt, obwohl die Zweckgebundenheit beiderseits anerkannt ist. Alles, was das RG. anführt, um einen Motivirrtum zum Inhaltsirrtum zu stempeln, hat in Wahrheit damit gar nichts zu tun, sondern geht darauf aus, die Mitverantwortlichkeit des Gegners zur Zweckerreichung zu begründen und zu rechtfertigen. Aber diesen unguten Folgen, insbesondere dem Schadensersatze aus § 122, geht das RG., wie oben gezeigt, sichtbar möglichst aus dem Wege, und es hat, von anderer Seite herkommend, bei seinem sogen. beiderseitigen Erfolgsirrtum richtig rein auf § 242 BGB. abgestellt.

131a) Näheres siehe unten bei der Frage Geldentwertung und Irrtum.

132) RGE. 116, 15 spricht dies deutlich aus, wenn es sagt: „Die Grundlage ist, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend und beiden Teilen erkennbar zum Bestandteile des Auftrags geworden; so war er gemeint und so ist er verstanden worden." — Was sagt Oertmann zu der Vertragsbestandteil gewordenen Grundlage?

4. Einzelfragen:

a) Verhältnis von Eigenschaftsirrtum und Sachmängelgewähr.

Die Frage nach dem Verhältnis von Eigenschaftsirrtum und Sachmängelgewähr beim Kaufe kann nunmehr auch beantwortet werden: es handelt sich um dasselbe. Was nach § 459 BGB. beachtlich ist, ist nach § 119 II wesentlich; und an sich hätte unser System der Regelung Anwendung zu finden. Doch es hat die Sachmängelgewähr positivrechtlich eine von unserer allgemeinen abweichende Regelung erhalten, und zwar im Sinne einer starken Begünstigung des Käufers. Dieser Gesichtspunkt ist der entscheidende für die Frage, wann das Sonderrecht des Käufers Anwendung zu finden habe. Nicht scholastische Untersuchungen über den Begriff „verkehrswesentlich“[133]) bringen uns die Lösung, sondern es ist zu fragen: wie weit hat die vom Gesetze statuierte Begünstigung des Käufers zu gehen? Wann hat nach der unterbewußten Ansicht des Gesetzgebers der Verkäufer eben doch nicht schuldgerecht erfüllt, so daß ihn besondere Nachteile treffen?

b) Bleibt für § 119 II BGB. ein Anwendungsgebiet?

Es fragt sich, ob dem § 119 II BGB. überhaupt ein Anwendungsgebiet verbleibt. Oertmann[134]) hält daran fest, daß es auch Fälle einseitigen Irrtums nach § 119 II gebe. Ich möchte dies verneinen[135]). Wenn der Betroffene irrtümlich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer wesentlichen Eigenschaft angenommen hat und weiter anzunehmen ist, daß er bei verständiger Würdigung der Sachlage das Geschäft nicht abgeschlossen hätte, dann dürfte er auf die Tauglichkeit des Geschäfts zur Wahrung seines Interesses vertrauen, dann ist es zweckgebunden. Gerade das schwebte ja wohl dem Gesetzgeber vor, als er diese Erfordernisse aufstellte, um einen Fall beachtlichen Motivirrtums sicher zu umgrenzen. Auch Oertmann hält ja seine gegenteilige Auffassung für rechtspolitisch nicht unbedenklich. Man braucht dem § 119 II auch nicht deshalb ein kleines Anwendungsgebiet zu lassen, um dem Einwand die Spitze abzubrechen, sonst sei diese Bestimmung

---

[133]) Dieser falsche Ausgangspunkt von einem sekundären Nebenbegriff, statt von der Zweckgebundenheit, der Vereitelung des Vertragszweckes usw. macht den ganzen Streit zu dieser Frage so unfruchtbar.

[134]) S. 50 ff.

[135]) Ebensowohl Flad, wenn er in Gruchot 61, 17 sagt, 119 II sei nur dann anwendbar, „wenn die Eigenschaft in einem unmittelbaren, und zwar in einem dem Geschäftsgegner erkennbaren Zusammenhange mit dem Geschäftsinhalte steht“.

überflüssig. Man kann letzteres ruhig zugeben; denn die Verfasser des BGB. waren in überkommener dogmatischer Unklarheit befangen.

c) Geldentwertung und Irrtum.

Immer wieder aufgetaucht ist schließlich die Frage der Behandlung der Geldentwertung unter dem Gesichtspunkte des Irrtums. Das RG. hat die Anwendung des Irrtumsrechtes vollständig abgelehnt[136]). § 119 II sei nicht anwendbar, weil es sich beim Werte des Geldes um keine Eigenschaft im Sinne dieser Bestimmung handle. Dies ist richtig. § 119 I wurde ebenfalls abgelehnt; die Fiktion eines Inhaltsirrtums — sonst das Mittel, um einen Beachtung heischenden Motivirrtum für beachtlich zu erklären — wurde nicht vorgenommen mit der Begründung, es liegt „kein in den entscheidenden Vertragsverhandlungen dem Käufer kenntlich gewordener Irrtum" vor, weil auch der Gegner den Preis für angemessen gehalten habe. Stellt man sich in der Frage der Inhaltsirrtumsfiktion auf den Standpunkt des RG., so ist von diesem aus die zitierte Begründung vollkommen verfehlt. Denn nach dem RG. ist nur erforderlich, daß dem Gegner die Grundlage des Geschäftes — einen angemessenen Preis zu erhalten — erkennbar ist, nicht erkennbar und nicht erkannt zu sein braucht aber der Irrtum[137]). Aber es ist ein Glück, daß das RG. in dieser ungeheuer wichtigen Frage seine bisherigen Theorien so mißachtete; denn die Anfechtung mit ihren Folgen war einfach unanwendbar; es ist ein Glück, daß es, ohne sich den Weg durch Theorien zu verbauen, einfach nach § 242, d. h. ohne jede Theorie und gesetzliche Begründung, eine gerechte und billige Regelung der Folgen der Geldentwertung versuchte. Jetzt nachträglich können wir in Ruhe versuchen, die Ergebnisse dieser Rechtsprechung in unser Privatrecht organisch einzubauen. — Genau dasselbe ist zu sagen zur Ablehnung des Irrtumsrechtes in den Fällen der sogen. Beitragspflicht des Erwerbers gegenüber dem von persönlichen Aufwertungsansprüchen überraschten Grundstücksveräußerer[138]).

---

[136]) RGE. 111, 259.

[137]) Vgl. RGE. 111, 15: Dem Gegner war „die Grundlage des Auftrags sehr wohl erkennbar, nur dem Irrtum als solchen erkannte er nicht; aber darauf kommt es für die Anwendbarkeit des § 119 (gemeint ist Abs. 1 — die Inhaltsirrtumsfiktion) nicht an".

[138]) Vgl. RGE. 112, 329.

C. Wann ist eine Enttäuschung beachtlich? Die allgemeingültige Formel und ihre Erfüllung mit materiellem Inhalt.

I.

Die Versuche der Literatur zur Aufstellung einer Formel und die Grenzen der Theorie.

Wann ist anzunehmen, daß eine Partei ein Opfer nicht zu bringen braucht, einen bestimmten Nutzen erhalten soll, es sich also bei unveränderter Aufrechterhaltung des Vertrages um Über-, nicht bloß Mehropfer, um einen Mindernutzen, nicht eine bloße Nutzenminderung handelt? Oertmann[139]) sagt auf die Frage, wann die Geschäftsgrundlage weggefallen sei, es sei diese Feststellung ein „Akt feinster juristischer Kunst". Krückmann sagt, von der Unmöglichkeit der Rechtsausübung müsse man die unechten Fälle der bloßen (unbeachtlichen) Unzumutbarkeit der Leistung unterscheiden. Unzumutbarkeit der Leistung liege dann vor, wenn der Schuldner nicht bloß ein lucrum cessans, sondern auch ein damnum emergens tragen müsse[140]).

Nipperdey[141]) will an der „äußeren Vertragstreue" so lange festgehalten wissen, bis sie „zur Vertragsuntreue" werden würde, und meint, dies sei „schließlich eine Weltanschauungsfrage". Etwas näher und in höchst beachtlicher Weise hat Stampe unsere Frage behandelt. Schon früher[142]) hatte er ausgesprochen, daß ein Abgehen vom Vertrage insbesondere auch dann zu gewähren sei, wenn „in concreto ein anständig denkender Mensch in dem nachträglichen Abgehen von dem

---

[139]) § 17.

[140]) S. 358 ff. Das kann höchstens ein Indiz sein, und dürfte überhaupt zu weit gehen: der Schuldner muß in aller Regel auch ein gewisses damnum emergens auf sich nehmen.

[141]) in „Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung".

[142]) ZivA. 110, 205.

Vertrage nichts gegen die Verkehrssitte Verstoßendes erblicken würde". Später[143]) formuliert er seinen Gedanken so: ein Vertrag könne nicht mehr unverändert aufrechterhalten werden bei der Erwägung, die in folgendem bestehe:

a) „stets in einer ethischen Einschätzung des Verhaltens des Gegners, der trotz der Störung auf der unveränderten Durchführung des Vertrages besteht."

b) „falls aber das Verhalten des Gegners einwandfrei ist, in einer Einschätzung der Wirkung, welche das trotz der Störung unveränderte Aushalten des Vertrages auf öffentliche Interessen ausüben würde."

Sehr verdienstlich ist die Betonung des öffentlichen Interesses als eines selbständigen neben der Betrachtung der privaten, isolierten Interessen[144]). Es ist nur noch hinzuzufügen: ein Vertrag kann nicht bloß abgeändert und aufgelöst werden, wenn zwar der Gegner ethisch einwandfrei handelt, wenn er auf dem Vertrage besteht, aber das öffentliche Interesse Abänderung oder Auflösung fordert; es kann auch umgekehrt ein Vertrag aus öffentlichen Interessen aufrechterhalten werden, wenn im einzelnen Falle der Gegner ethisch nicht einwandfrei handelt. Dieser Fall ist durchaus denkbar. Übrigens dürfte die Heranziehung der Ethik besser vermieden werden[145]); man stelle, wie es für das Recht maßgebend ist, ab auf die gesunden Anschauungen des Verkehrs, auf den redlichen Kaufmann, den bonus pater familias[146]). — Nach § 459 BGB. ist es beachtlich, wenn die verkaufte Sache wegen eines Mangels nicht den nach dem Vertrage vorausgesetzten Nutzen bringt. Das RG. schließlich stellt in gewissen Fallgruppen darauf ab, ob beim gegenseitigen Vertrage ein erhebliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe. Locher[147]) sagt, eine allgemeine Antwort lasse sich nicht geben; es sei im einzelnen Falle festzustellen, ob Bindung des Geschäftes an einen Parteizweck vorliege. Und Lenel[148]) faßt es als eine Frage der Auslegung auf. Krückmann[149]) bemängelt an

---

[143]) DogmJ. 72, 355.

[144]) Ich möchte Locher, S. 83, der gegen den Gesichtspunkt b als einen selbständigen ist, nicht zustimmen.

[145]) Vgl. Gierke, Recht und Sittlichkeit, in der Zeitschrift Logos 1917.

[146]) Im übrigen hat Locher, S. 83, recht mit seiner Kritik der abschließenden Formel Stampes (nicht Abstellung auf das, was man gewollt hätte, hätte bewilligen müssen, wenn man gewußt hätte, sondern: rein objektive Würdigung, ob eine Störung beachtlich ist, und wie der gestörte Vertrag wieder eingerenkt werden kann, oder ob er als unheilbar von dem Beschwerten aufgehoben werden kann).

[147]) S. 66 ff.

[148]) in der Besprechung Lochers in JW. 1924, 30.

[149]) ZivA. 128, 158.

Locher, daß er kein sicheres Merkmal gebe, woran im Einzelfalle erkannt werden könne, ob die Zweckverfehlung zu berücksichtigen ist. Aber das ist gar nicht möglich, wie ja Locher ausdrücklich sagt. Die Theorie muß hier bescheiden ihre Grenzen erkennen. Man muß sich darüber im klaren sein, daß zuerst die Praxis in gewissen Fällen die Zweckgebundenheit anerkennt, oft unter einer dogmatisch unhaltbaren Begründung, aber im Ergebnis richtig. Dann erst können wir induktiv vorgehend — nachher mag es dann deduktiv aufgezogen werden — eine Theorie bilden, die aber rein nur der Ordnung der Fälle des Lebens dient, aus der aber keine neuen Rechtssätze gewonnen werden können; die entscheidende Frage, ob unsere Theorie und unser System Anwendung zu finden habe, hat immer im einzelnen Falle der Richter zu beantworten und die Theorie kann ihm hier nicht helfen. Dies ist die alte Wahrheit: non ius ex regula fiat, sed ex iure quod est regula sumatur. Es ist also ein Irrtum, anzunehmen, man könne aus Begriffen wie Synallagma, Wesen des gegenseitigen Vertrages und ähnlichem eine Antwort auf unsere Frage gewinnen. Nein: die Frage, ob ein Parteiinteresse als beachtlich für das Schicksal eines Vertrages anzusehen ist, ist vollkommen unabhängig von jedem Begriff und Dogma, jeder Theorie und Konstruktion.

II.

Die Tätigkeit des Richters zur Beantwortung unserer Frage.

Im folgenden soll genauer untersucht werden:

a) was der Richter zu tun hat, um eine Antwort auf unsere eben gestellte Frage zu finden;

b) welche Erwägungen hierfür schließlich die ausschlaggebenden sind.

Der Richter hat die so einfach zu stellende wie schwierig zu beantwortende Frage zu entscheiden, ob ein bestimmtes Interesse schutzwürdig ist. Dazu hat er gewisse tatsächliche Feststellungen zu treffen, und zwar wenn man so sagen will, gewisse essentielle, wesentliche und dann noch gewisse akzidentielle, solche über die Begleitumstände. Auf Grund davon nimmt er die objektive Würdigung der Interessen vor.

1. Die tatsächlichen Feststellungen:

a) Die essentiellen.

Als essentielle Feststellungen sind zu treffen:

a) daß der Betroffene psychologisch real durch den Vertrag ein Interesse wahrnehmen wollte;

b) daß die unveränderte Durchführung des Vertrages dieses Interesse beeinträchtigen würde, indem die Gegenleistung nicht den erwarteten Nutzen bringt oder die Erbringung der Leistung unerwartete Opfer erfordert.

Nicht zu den essentiellen Feststellungen gehört, was stark zu betonen ist:

a) daß der Gegner das Tauglichkeitsurteil des Betroffenen erkannte. Darauf, wieweit sich der Gegner Gedanken über die Zwecke des Betroffenen machte, kann es nicht ankommen. Gegen Umstoßung des Vertrags wegen einseitiger Parteimotive ist der Gegner allerdings zu schützen, aber auf einem anderem Wege.

b) Nicht nötig ist, daß der Betroffene wenigstens glaubte, der Gegner billige oder erkenne wenigstens sein Motiv,

c) oder auch nur, daß er — psychologisch real — annahm, für den Fall einer Beeinträchtigung seines fraglichen Interesses durch eine unveränderte Aufrechterhaltung des Vertrags werde dieser modifiziert, nötigenfalls aufgehoben werden können.

Zu b und c: Es ist also nicht Sache der essentiellen tatsächlichen Feststellung, daß der Betroffene auf die Zweckgebundenheit des Geschäftes vertraute. Es ist darum auch unschön, darauf abzustellen, ob der Betroffene auf die Zweckgebundenheit des Geschäfts vertrauen durfte; diese Ausdrucksweise entspringt dem Gedankenkreise der Willenstheorie und verbirgt nur, daß es sich um rein objektive Würdigung handelt. — Die Vorstellung c dürfte unbestreitbar nicht erforderlich sein; denn sie würde einen Zweifel an der Tauglichkeit des Geschäftes voraussetzen; ein solcher wird häufig gar nicht vorhanden sein; ja im Gegenteil: wenn man trotz der Zweifel ein Geschäft abschließt, dürfte man weniger schutzwürdig sein, da es dann naheliegen kann, anzunehmen, das Risiko sei übernommen. Aber auch die Vorstellung b, als essentielle verlangt, würde zu tief in die Labyrinthe der Erwägungen der Parteien hinabführen. Darüber macht man sich doch in der Regel keine Gedanken und braucht es auch nicht zu tun. Davon kann also die Entscheidung nicht abhängig gemacht werden.

b) Die akzidentiellen Feststellungen.

Neben den essentiellen Feststellungen hat sich der Richter ein Bild über die gesamten Umstände des Einzelfalles, insbesondere über die wirtschaftliche Bedeutung von Leistung und Gegenleistung zu machen. Gerade ihre Kenntnis ist für eine sachgemäße Entscheidung in unseren Fällen ungeheuer wichtig. Zweckmäßig sind insbesondere auch Feststellungen über die Punkte, die oben als essentielle abgelehnt wurden.

2. Die rechtliche Würdigung: die allgemeingültige Blankettformel.

Auf dieser Grundlage hat sich der Richter ein Urteil darüber zu bilden, ob nach der Bedeutung des Vertrages sowohl für die Zusammenhänge des Wirtschaftslebens als auch die Parteien unter sich es von der einen Seite her dem Betroffenen zuzumuten ist, gewisse nichterwartete Opfer zu bringen, oder sich mit einem hinter dem erwarteten zurückstehenden Nutzen zu begnügen, und von der anderen Seite her: ob der Gegner diese Rücksichtnahme auf die Interessen des Betroffenen sich gefallen lassen muß. Wird die Nichtzumutbarkeit bejaht, so hat der Richter im Anschluß an unser System zu prüfen, ob die beachtlichen Interessen der Beteiligten eine Sanierung des Vertrages und welche erlauben und erfordern, oder ob Rücktritt zu gewähren ist. Kommt es zu einer Sanierung, so ist sehr schwierig das Maß des Ausgleiches: auch hier objektive Würdigung, inwieweit nach der Bedeutung des Vertrages für die Zusammenhänge des Wirtschaftslebens und für die Parteien unter sich der Betroffene das Risiko zu tragen hat und inwieweit es ihm abgenommen werden darf und muß.

III.

Nähere Beschreibung dieser Formel.

1. Die rein objektive Würdigung.

Wir kommen also auf eine rein objektive Würdigung der Sachlage hinaus; der sogen. Parteiwillen spielt keine entscheidende Rolle, er ist nur ein Teilmoment der Gesamtheit der Umstände, auf die sich die objektive Würdigung aufbaut. — Auch das RG. betont dies an wichtiger Stelle [150]), indem es klar ausspricht, seine ganze Rechtsprechung zur sogen. cl. r. s. st. gipfle einfach darin, daß die Lage des einzelnen Falles daraufhin zu prüfen sei, ob dem Vertragsmäßig Verpflichteten nach Treu und Glauben noch zugemutet werden könne, den Anspruch des Gegners zu erfüllen und die damit verbundene wirtschaftliche Schädigung auf sich zu nehmen.

Ich möchte mir hier eine Kritik an der Lehre von der Geschäftsgrundlage und vom Geschäftszweck erlauben. Um zu erreichen, daß ein Vertrag nicht unverändert durchgehalten werden muß, wird ein Umstand als eine Grundlage des Geschäfts statuiert, so daß dann bei Nichtvorhandensein des Umstandes dem Geschäfte die Grundlage fehlt, es also zusammenstürzt; oder, bei der Geschäftszwecklehre, wird angenommen, ein an sich einseitiger Parteizweck sei durch tacitus consensus zum Geschäftszweck erhoben worden, also sei das Geschäft bei Nicht-

erreichung des Geschäftszweckes hinfällig. Das ist aber eine Verkennung von Grund und Folge. Nicht weil die Geschäftsgrundlage oder der Geschäftszweck hinfällig ist, fällt auch das Geschäft weg; sondern umgekehrt: ich lege mir die Frage vor, ob die Interessen eines durch eine rechtliche Bindung Beschwerden gegenüber dem Bindungsinteresse des Gegners eine Befreiung erfordere; wenn ich diese Frage bejaht habe, die sachliche Entscheidung also schon gefallen ist, dann nenne ich einen bestimmten Umstand Geschäftsgrundlage oder den betreffenden Parteizweck Geschäftszweck, um dem Kind einen Namen zu geben.

Der objektiven Würdigung müssen Werturteile zugrunde liegen. Treu und Glauben geben uns kein Werturteil, sind vielmehr als Formalbegriffe geeignet, grundsätzlich jedes Werturteil zu umfassen. Es müssen vielmehr ganz bestimmte sachliche Werturteile, bestimmte Obersätze der richterlichen Entscheidung aufgestellt werden, mögen sie auch noch so kasuistisch sein; aber sie müssen eine gegenüber dem Einzelfall allgemeinere Norm erhalten. Und diese Normen sind als geltende Rechtssätze nach den hiefür geltenden Methoden nachzuweisen. Es muß von dem Richter immer verlangt werden, diese Rechtssätze klar herauszustellen und sich nicht hinter dem Formalbegriffe von Treu und Glauben, der gar nichts sagt, zu verbergen. Und diese Rechtssätze unterliegen dann als Rechtssätze der Revision.

2. Die Bedeutung des Parteiwillens.

Wegen der großen Wichtigkeit der Frage sei hier noch etwas näher auf die Bedeutung des Parteiwillens für unser Problem eingegangen. Es ist uns die Anschauung überkommen, die Parteien als „geschickte Schachspieler“[151]) anzusehen, die alles weislich geordnet haben; man muß nur verstehen, in der Auslegung ihnen auf ihre geheimsten Schliche zu kommen. Wir haben im Verkehrsrecht eine Art Psychoanalyse getrieben[152]). Aber auch nach Erkenntnis der tatsächlichen Unrichtigkeit dieser Auffassung wird sie als Fiktion doch aufrechterhalten, weil es uns einem sogen. reinen Zivilrecht nur zu entsprechen scheint, die den Vertrag regelnden Normen als auf dem freien Selbstbestimmungsrecht der Individuen beruhend zu betrachten. — Darum ist es irrig, wenn Locher[153]) ausführt, nur durch übereinstimmenden Parteiwillen

---

[150]) RGE. 107, 124.

[151]) Vgl. Radbruch, Der Mensch im Recht.

[152]) Sehr charakteristisch Darboven in HansRZ. 1920, 662: er sagt in der Diskussion zu der Frage, ob der Richter in bestehende Verträge eingreifen dürfe, die Weiterbildung des Rechts könne nicht darin besehen, „daß an die Stelle des Willens der Parteien, der höchsten für das Zivilrecht maßgebenden Norm aller Zeiten, die Willkür des Richters gesetzt wird“.

[153]) S. 76.

werde der an sich einseitige Parteizweck zum Geschäftszweck. Psychologisch feststellbar sein muß nur, daß nur gewisse Opfer oder daß ein bestimmter Nutzen erwartet würden, also nur ein Urteil des Betroffenen; alles weitere ist Sache der objektiven Würdigung; man kann höchstens sagen — im üblichen Kompromiß zwischen Willenstheorie und objektiver Würdigung — durch übereinstimmende Parteierklärung werde der Parteizweck zum Geschäftszweck. Ein Wille des Betroffenen, sein Interesse für das Schicksal des Vertrages beachtlich zu machen und eine Kenntnis des Gegners davon oder gar eine Billigung und Zustimmung kann niemals als psychologische Realität gefordert werden, wie zu der Frage der essentiellen Feststellungen schon ausgeführt wurde. — Wenn häufig darauf abgestellt wird, was redliche Parteien gewollt hätten — in sogen. hypothetischer Auslegung —, so wird dadurch nur in der Form eine Konzession an die Ableitung der den Vertrag regulierenden Normen aus dem angeblich autonomen Parteiwillen gemacht. Der Sache nach handelt es sich um rein objektive Würdigung[154]: denn in Wahrheit wird dann gefragt, wie sie nach den Bedürfnissen eines gesunden Wirtschaftslebens die Beziehungen zu ordnen sind.

Die Schwierigkeiten der Kriegs- und Nachkriegsrechtsprechung waren der Aufdeckung solcher Fiktionen sehr förderlich. Wir kommen von dem Willensdogma der Byzantiner, das eine „Verirrung“[155] darstellte, ab und streben wieder wie die Klassiker nach sachlicher, unpersönlicher Abwägung der einander widerstrebenden Interessen unter Würdigung aller Umstände, zu denen allerdings dann auch die Verstellungen, Urteile und Bestrebungen der Parteien gehören[156]. Schon das BGB. sagt in § 328 II sehr gut, in Ermanglung besonderer Bestimmungen der Parteien sei die Regelung „aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen“. Und auch die Rechtsprechung ist sich ihrer Aufgabe und Würde klar bewußt geworden. So sagt RGE. 92, 318: „Es handelt sich bei Ausfüllung von Vertragslücken nicht um Ergänzung des Vertragswillens der Parteien, sondern immer nur um Ergänzung des Vertrags, um richterliche Schaffung, Schöpfung dessen, was für den eingetretenen, nicht vorhergesehenen Fall zwischen den Parteien rechtens sein soll nach den Richtlinien von Treu und Glauben im Verkehr und nach den Richtlinien des im Vertrage für die ins Auge gefaßten Verhältnisse ausgedrückten Willens.“ Und RG. JW. 1922, 910[6] stellt dem durch die Gesetzgebung und durch die Privatautonomie (den wirklichen, übereinstimmenden Parteiwillen) ge-

---

[154]) Vgl. Stammler, Der Richter S. 11.
[155]) So Neubecker a. a. O. (Anm. 63).
[156]) Vgl. dazu Stoll in ZivA. 126, 186 ff.

schaffenen Rechte als vollständig ebenbürtig zur Seite das richterliche Recht. „Ist ein Wille der Parteien nicht vorhanden gewesen, so kann von einer Wirksamkeit des Parteirechtes nicht mehr die Rede sein;“ dann „tritt der Richter ein, die Machtvollkommenheit des Richters“. Darum braucht man aber in unseren Fällen noch lange nicht von Gestaltungsurteilen zu sprechen. Gestaltet wird vom Richter immer, und doch tut man gut daran, den Richter erklären zu lassen, was Rechtens sei, statt: er schaffe die und die Rechte[157]).

3. Die Bedeutung der Formel.

Kehren wir nunmehr zu unserer oben aufgestellten Formel für die objektive Würdigung zurück. Sie bringt nicht den Stein der Weisen, der dem Richter die Entscheidung abnehmen würde, sondern ist nur formal. Aber die Theorie vermag der Praxis nicht mehr zu geben. Die Theorie versucht, das Leben in Begriffen einzufangen, aus der praktischen Notwendigkeit eine logische Konsequenz der Begriffe zu bilden. Alle Konstruktions- und Lösungsversuche aber vermögen der Praxis entscheidende Frage der Subsumtion des Einzelfalles unter die allgemeine Regel nicht abzunehmen.

Unsere Formel ist eine Blankettformel, etwas präziser gefaßt als die des § 242 BGB. Sie hat die Schwierigkeiten einer Blankettformel, aber auch ihre Vorzüge: für unfruchtbare Scholastik und Konstruktion ist kein Raum, es kann unbeschwert davon der Hebel an der richtigen Stelle, dem sachlich entscheidenden Punkte angesetzt werden. Und vor allen Dingen: mit ihr kann die Rechtsprechung dem Wandel der Anschauungen und Verhältnisse gerecht werden; es kann das Zweckmäßige von heute auch heute schon das Gerechte sein[158]). Die Rechtssicherheit braucht nicht Not zu leiden; sie kann gewahrt werden durch Herausbildung gewisser typischer Fälle, wie es schon geschehen ist und wie es bei den §§ 138, 826 BGB. geschah. Ferner wird die Kritik der Recht-

---

[157]) Ein besonderer Typus des Gestaltungsurteils neben dem Feststellungs- und Leistungsurteil kann nicht anerkannt werden. Sollte es wirklich etwas wesentlich verschiedenes sein, wenn der Richter feststellt, daß eine Gesellschaft des BGB. aufgelöst sei wegen Kündigung aus wichtigem Grunde, und wenn er ausspricht, eine offene Handelsgesellschaft werde wegen eines wichtigen Grundes aufgelöst (§ 723 BGB., § 133 HGB.)? Der Unterschied beruht doch nur auf der rein praktischen, das Wesen der Sache nicht berührenden, Erwägung, daß bei der OHG. (wie bei der Ehe) kein Schwebezustand da sein soll, wo man vor richterlicher Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen im Zweifel sein kann. — Doch kann in diesem Zusammenhange hier nicht näher darauf eingegangen werden.

[158]) Vgl. das Wort Exners in Gerechtigkeit und Richteramt: „Gerecht ist das Zweckmäßige von Gestern.“

sprechung auf den richtigen Weg gewiesen: mit theoretischen und konstruktiven Erwägungen ist nichts geholfen; es müssen, wenn Fehler behauptet werden, Fehler in der Würdigung der Bedürfnisse des Wirtschaftslebens und der einzelnen Vertragsparteien nachgewiesen werden.

Unsere Formel deckt, um dies kurz zu wiederholen: erstens die Fälle der beachtlichen Enttäuschung durch den Eintritt nichterwarteter Opfer; also: die Fälle der (anfänglichen und nachträglichen) Unmöglichkeit der Leistung (hier heißt die Frage nach der Zumutbarkeit stellen, sie verneinen, da die Opfer ja unendliche sind), die Fälle des (anfänglichen und nachträglichen) Unvermögens, der Preissteigerung und überhaupt der Leistungsschwierigkeiten. Zweitens die Fälle der beachtlichen Enttäuschung durch den Nichteintritt eines erwarteten Nutzens; also: die Fälle der Sachmängel beim Kauf, der Aufwertung und überhaupt die Fälle, wo die unveränderte Gegenleistung die erwartete Interessenbefriedigung nicht bringt. In beiden Hauptfällen handelt es sich um sogen. beachtlichen Motivirrtum und die Fälle des sogen. beachtlichen Motivirrtums, insbesondere auch die des Eigenschaftsirrtums, zerfallen in diese beide Hauptgruppen.

IV.

Welche sachlichen Werturteile erfüllen die Formel mit materiellem Inhalte?

1. Allgemeingültige Werturteile gibt es nicht.

Die sachliche Ausfüllung der Formel hängt ab von der Einstellung zu den Grundfragen des Gemeinschaftslebens. Der Kampf der hier sich gegenüberstehenden Wertungen im Leben der Gemeinschaft im ganzen wird sich in der Rechtsprechung im einzelnen widerspiegeln. Irgendeine Wertung hier als allgemeingültige beweisen zu wollen, ist von vornherein aussichtslos; aus irgendwelchen sogen. ewig-gültigen Prinzipien kann nichts abgeleitet werden; solche können überhaupt nur als formale aufgestellt werden[159]). Es ist auch eine Erkenntnis-

---

[159]) Vgl. die Kritik Hecks in ZivA. 128, 112ff. an Jul. Binder, Philosophie des Rechts (Berlin 1925). Binder stellt Rechtsidee und Transpersonalismus der menschlichen Verbände als a-priori-Begriffe von ewiger Geltung und doch materiellem, normativem Inhalte auf. — Vgl. Stammler, Der Richter S. 55: „Man darf nicht glauben, daß man von der Idee der Gerechtigkeit her neue Rechtseinrichtungen erschaffen oder neue Befugnisse und Pflichten hervorbringen könnte.“ „Der ideale Gedanke vollendeter Harmonie ist stofflich nicht schöpferisch.“

theorie der Werte zu schaffen. Der Wert an sich, das Gute, Recht an sich ist und bleibt uns verborgen, genau so wie das Ding an sich.

2. Die möglichen Werturteile und die Ausfüllung der Formel vom Standpunkte des Individualismus und des Universalismus aus.

Nein, wir können immer nur von einem historisch gegebenen Weltbild und Lebensideal ausgehen, im Bewußtsein seiner nur relativen Geltung und seiner Wandelbarkeit. Als die zwei möglichen Grundeinstellungen zu dem Verhältnis von einzelnem und Gemeinschaft pflegt man Individualismus und Universalismus zu bezeichnen, die natürlich praktisch sich jeweils gegenseitig Zugeständnisse machen.

Wir wollen kurz uns vergegenwärtigen, welchen Inhalt Individualist und Universalist unserer Formel geben werden. — Von zwei Gesichtspunkten hat die objektive Würdigung auszugehen: von den Interessen der Allgemeinheit und von denen der einzelnen Vertragsparteien. Der Individualist wird die Rücksichtnahme auf die Gemeinschaftsinteressen, also auch die Rücksicht auf die Rechtssicherheit, ablehnen, aber andererseits wird es aus eigenem Interesse heraus strenge Rechtssicherheit, also formale Vertragstreue, verlangen; letzterer Gesichtspunkt wird der stärkere sein und es wird daher jede Wohlfahrtsaufgabe der Justiz abgelehnt werden[160]). Das bürgerliche, das Zivilrecht ist hier das Recht des starken, für sich selbst sorgenden Bürgers, des stolzen civis. Den Interessen seines Gegners wird der Individualist möglichst wenig entgegenkommen, wird formale Vertragstreue von ihm verlangen; andererseits fordert er aber weiteste Berücksichtigung der eigenen Interessen, wie insbesondere die Windscheidsche Voraus-

[160]) Sehr charakteristisch Dove in JW. 1920, 961. Dove spricht vom Standpunkte des Handels, insbesondere des Außenhandels, aus. Er führt aus: die Gerichte müßten bleiben bei der Entscheidung der rechtlichen Gesichtspunkte nach der Strenge des Gesetzes; den Billigkeitsrücksichten gerecht (!) zu werden, seien andere Instanzen berufen; er wünsche die zivile Rechtspflege rein und unverfälscht zu erhalten; er warnt vor einer Sozialisierung der Rechtspflege, die nichts sei als eine Rückkehr zu der alten patriarchalischen Judikatur ex aequo et bono. — Nach Max Pappenheim, Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, in Festschrift für G. Cohn S. 291 ff., wurde bei der Nürnberger Handelsgesetzbuchkonferenz die Schaffung zwingenden Rechts für das Frachtgeschäft der Eisenbahn bekämpft mit der Begründung, die etwa erforderliche Beseitigung von Mißständen sei auf den Weg der Verwaltungsmaßregeln zu verweisen; gegen die Einschränkung der Privatautonomie hinsichtlich der Schadensersatzpflicht des Frachtführers wurde vorgebracht, daß solche mehr polizeilichen tendenziösen Sätze nicht zivilrechtlicher Natur seien und nicht ins Handelsgesetzbuch gehörten.

setzungslehre mit ihrer Selbstbeschränkung des Willens zeigt. — Der Universalismus kommt den Gemeinschaftsinteressen möglichst nach; soweit diese es also erfordern, wird er im Interesse der Rechtssicherheit formale Vertragstreue befürworten; andererseits wird er aber den Interessen seines Kontrahenten entgegenkommen, ihn also nicht an einem Vertrage festhalten, der seine Interessen beeinträchtigen würde. — So werden weder Individualismus noch Universalismus zu einer eindeutigen Antwort kommen, sondern beide werden sich auf einer mittleren Linie bewegen, nur in anderer Weise und mit anderer Begründung. Wenn der Universalismus im Interesse des Gegenkontrahenten dessen Interessen weitgehend entgegenzukommen trachtet, wird er andererseits wegen des Gemeinschaftsinteresses der Rechtssicherheit auch wieder auf formale Vertragstreue drängen. Wenn der Individualist die Rechtssicherheit als Rücksicht auf die Gemeinschaft ablehnt, so fordert er sie doch wieder im eigenen Interesse; wenn er die Rücksicht auf die Interessen des Gegners ablehnt, so fordert er doch wieder die auf die eigenen. Kurz: für die Beachtlichkeit von sogen. Parteimotiven treten beide ein: der Individualist, damit seine eigenen beachtet werden, der Universalist, weil er auf die Interessen seines Gegenkontrahenten Rücksicht nimmt; der Individualist unter der Flagge: Willensbeschränkung (Windscheid), der Universalist unter der Flagge: die Parteien haben einander zu behandeln wie redliche Männer es tun, da „die Menschen einander nicht wie Wölfe gegenüberstehen“[161]).

3. Die heute geltenden Werturteile.

Schließlich ist zu fragen: wo stehen wir heute? Es ist allgemach ein Gemeinplatz, wir kämen vom Individualismus her und der Gedanke des Universalismus gewinnt an Boden. Wie weit dies allgemein richtig ist, ist hier nicht zu untersuchen. In der Rechtsprechung jedenfalls ist eine immer stärkere Betonung des Gemeinschaftsgedankens unverkennbar.

a) Das gesellschaftliche Element im gegenseitigen Vertrage.

Es wird einerseits einer Partei immer mehr zugemutet, auf die Interessen des Gegners Rücksicht zu nehmen. Dieses Bestreben unserer Rechtsprechung ist so allgemein, daß es kaum eines besonderen Nachweises bedarf. Wenn das RG. bei der Aufwertung auch auf die beiderseitigen Vermögensverhältnisse abstellt, so ist dies vom Standpunkte

[161]) So Fuchs passim in LZ. 1926 Sp. 24.

des Individualismus, der nur streng nach Recht und Pflicht fragt, unverständlich. Dieser Gedanke bringt in diese schuldrechtlichen Beziehungen ein geradezu brüderliches Verhältnis herein, Erwägungen, wie wir sie sonst nur bei der Unterhaltspflicht zwischen Verwandten und Eheleuten kennen. Speziell bei unserem besonderen Thema kommen dadurch, daß ein Parteizweck zum Geschäftszweck gestempelt wird, gesellschaftliche Elemente in den gegenseitigen Vertrag hinein. Aus den Vertragsgegnern werden Vertragsgenossen, ein Parteizweck wird „gemeinsamer Zweck" (§ 705 BGB.) und auch der andere Teil ist verpflichtet, „seine Erreichung in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern", und wenn die Erreichung des vereinbarten Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise unmöglich geworden ist (§ 726 BGB.), so unterliegt das Vertragsverhältnis der Auflösung[162]). Es ist damit der Typ des rein gegenseitigen, interessengegensätzlichen Vertrags verlassen, die Individuen stehen einander nicht mehr rein individualistisch, jedes auf möglichst großen Vorteil auf Kosten des anderen bedacht, gegenüber, sondern es besteht zwischen ihnen eine Gemeinschaft, in der ungeheuren Verbundenheit des Wirtschaftslebens haben sei eine Einzelverbindung eingegangen zur Abwickelung eines Geschäftes zum beiderseitigen Besten. In normalen Verhältnissen kommen diese gesellschaftlichen Elemente kaum zum Bewußtsein; erst die ungeheuren Störungen der Kriegs- und Nachkriegszeit haben sie unter dem Drucke der Verhältnisse klar hervortreten lassen, wie sie auch sonst den Gedanken der allgemeinen Verbundenheit in die Erinnerung zurückgerufen, gestärkt und weiterentwickelt haben.

b) Die Normfindung aus den Bedürfnissen der Volksgemeinschaft heraus.

Damit kommen wir zu der zweiten Bedeutung der Betonung des Gemeinschaftsgedankens für die Rechtsprechung. Das einzelne Vertragsverhältnis wird vom Richter auch in seinen Zusammenhängen mit dem ganzen Wirtschafts- und Volksleben gesehen und empfängt seine Normen auch aus den Bedürfnissen und Notwendigkeiten der Gemeinschaft. Diese Befugnis und Aufgabe wird dem Richter zum Teil noch abgesprochen als im Widerspruch stehend mit der Teilung der Gewalten. So betrachtet Grau[163]) eine derartige Abwägung allgemeiner Interessen als einen Eingriff in die Rechte des Gesetzgebers und hält den Richter für

---

[162]) Wenn in diesem Falle die Gesellschaft ipso iure, nicht erst bei Geltendmachung — Einrede — von irgendeiner Seite, endigt, so beruht dies auf den besonderen Verhältnissen beim Normalfalle der Gesellschaft.

[163]) ZivA. 122, 341; allerdings im wesentlichen im Hinblick auf das Hypothekenaufwertungsurteil des RG.

eine solche Abwägung als nicht fähig. Aber unsere Rechtsprechung hat diese Aufgabe tatsächlich auf sich genommen. Und andererseits bedeutet unser Satz einen Angriff auf die alte Unterscheidung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung; Gerichtsbarkeit: Verwirklichung der Rechtsordnung, streng rechtsgebunden; Verwaltung: Verwirklichung öffentlicher Interessen, rechtsfreie Sphäre mit freiem Ermessen. Nun treten aber bei der Rechtsprechung immer mehr die Gesichtspunkte: Treu und Glauben, Interessenausgleich, Billigkeit, Berücksichtigung aller Umstände, heraus, feste Rechtssätze sind oft kaum mehr greifbar; auf der anderen Seite wird die Verwaltung rechtlich immer mehr durchnormiert[164]). So verschwinden die sachlichen Unterschiede langsam; wir haben schließlich in beiden Fällen: eine Tätigkeit, gebunden an das Recht, aber das Recht ist elastisch zur Anpassung an die Verhältnisse des Einzelfalles. Und so kennt Merkl tatsächlich nur noch die verschiedene Rechtsstellung ihrer Organe als Unterscheidungsmerkmale von Justiz und Verwaltung.

Diese Normfindung für den Einzelfall aus den Bedürfnissen der Gemeinschaft heraus ist von unserer Rechtsprechung tatsächlich anerkannt. Von jeher hat die Rechtssicherheit als ein außerhalb des Einzelverhältnisses stehender, allgemein-wirtschaftlicher Faktor Beachtung gefunden. Die ganze Kriegs-, Revolutions-, Inflations- und Deflationsrechtsprechung ist durchdrungen von dem Gedanken der Wahrung der Interessen der Gemeinschaft. Sehr charakteristisch ist hier die Höchstpreisrechtsprechung. Während bei der Überschreitung von Höchstpreisen der Vertrag nach § 139 BGB. in der Regel in vollem Umfange nichtig sein würde[165]), ist nach der bekannten Rechtsprechung des RG. der Preis auf den Höchstpreis zurückzuführen. Ebenso ist es bei der Überschreitung von Richtpreisen[166]); und ganz besonders interessant ist RGE. 93, 107, wonach Verträge, die eine übermäßige Preissteigerung enthalten, das Geschäft nicht ohne weiteres nichtig machen, vielmehr nur der Preis auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen ist. Hier triumphiert unverhüllt das national-wirtschaftliche Interesse über den Parteiwillen. Ebenso liegen der Entwickelung der Rechtsprechung des RG. zur Frage der Leistungserschwerung weithin all-

---

[164]) So will Merkl, Allgem. Verwaltungsrecht, Berlin 1927 (vgl. Brockhausen in JW. 1928, 1019), die Verwaltung in ein bloßes System von Rechtsfunktionen auflösen; die Verwaltung wird Anwendung des Verwaltungsrechts; das vielumstrittene Verwaltungsermessen beruht auf einer Blankettnorm, entsprechend § 242 BGB.

[165]) So auch die Rechtsprechung des OHG. in Wien; vgl. Plum in JW. 1916, 1370.

[166]) RGE. 97, 82.

gemein-wirtschaftliche Gesichtspunkte zugrunde. Während nach der Vorkriegsrechtsprechung[167]) eine Berücksichtigung der durch den Krieg hervorgerufenen Leistungserschwerungen nahegelegen hätte, glaubte das RG. nach Kriegsausbruch, wo alles zu wanken schien, das Bollwerk der unverbrüchlichen formalen Vertragstreue aufrichten zu müssen. Im Großhandel wurde die Berücksichtigung von Preissteigerungen schroff abgelehnt, im übrigen mußte das Festhalten am Vertrage für den Betroffenen „geradezu ruinös" sein, um eine Lösung des Vertrages möglich zu machen[168]). Späterhin[169]) wurde darauf abgestellt, ob das Festhalten am Vertrage eine so erhebliche wirtschaftliche Schädigung des Betroffenen bedeute, daß sie ihm nicht mehr zumutbar sei, welcher Gesichtspunkt der endgültig herrschende wurde. Denn nunmehr hatte die Inflation begonnen, recht fühlbar zu werden, es handelte sich nicht mehr bloß um Preissteigerungen; da wäre das Bollwerk der formalen Vertragstreue für unsere Wirtschaft zur Klippe geworden; es war für unsere Rechtsprechung nutzlos, der Flut der Inflation sich entgegenstemmen zu wollen; auch waren die Notwendigkeiten der Kriegswirtschaft im Interesse der nationalen Verteidigung weggefallen. So scheint mir hier die sich wandelnde Rechtsprechung des RG. nicht ein Fortschreiten vom Falschen zum Wahren, sondern eine Anpassung an die sich wandelnden Verhältnisse, den jeweils verschiedenen gerecht werdend.

Diese Normfindung für den Einzelfall aus den Zusammenhängen und Bedürfnissen der Gemeinschaft heraus bedarf, obwohl praktisch anerkannt, theoretisch noch der starken Hervorkehrung und Herausarbeitung. Treu und Glauben werden als oberste Prinzipien unseres Schuldrechts genannt. Das ist nicht richtig. Treu und Glauben haben nur den Einzelfall im Auge, führen zu einer isolierenden Betrachtungsweise. Nein, das oberste rechtschaffende Prinzip sind die Notwendigkeiten der Gemeinschaft, auf dem Gebiete des Verkehrsrechts die allgemeinen Verkehrsinteressen. Sie müssen den Rahmen für die rechtliche Normierung abgeben. — Rechtschaffendes Prinzip sind sie zunächst und in erster Linie für die Gesetzgebung; denn sie ist vor allem zur Aufstellung der Vorschriften für die „Verkehrsregelung" berufen. Daß

---

[167]) Vgl. bes. RG. JW. 1913, 194.

[168]) Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zugrunde: die einzelne Wirtschaftszelle hat im Interesse eines stabilen, auf abgeschlossenen Verträgen sich aufbauenden Wirtschaftslebens Opfer für die Gesamtwirtschaft zu bringen. Aber diese Opfer haben eine Grenze: sie dürfen nicht zur Vernichtung dieser Wirtschaftszelle führen; denn insoweit ist das Interesse der Gesamtwirtschaft an der Erhaltung der Lebensfähigkeit der Wirtschaftszellen stärker; denn bei der starken gegenseitigen Verflechtung und Abhängigkeit würde das Ausfallen einer Zelle andere in Mitleidenschaft ziehen.

[169]) RGE. 102, 98 vom 16. 4. 1921.

sie aber auch für die Rechtsprechung, „Verkehrspolizei", oberstes Prinzip sind und sein müssen, haben Krieg und Inflation deutlich gezeigt. Vorher war es uns entgangen, da der feste Rahmen der Gesetzgebung, der normierten Gemeinschaftsinteressen, gegeben war; innerhalb dieses Rahmens war dann allerdings herrschendes Prinzip Treu und Glauben, so daß es als das oberste erschien. Dazu kam, daß der Gemeinschaftsgedanke noch nicht stark war. Die Ereignisse von Krieg und Inflation sprengten aber den Rahmen der gesetzlichen Friedensordnung und ließen, unter dem Druck von außen, den schon lange keimenden Gemeinschaftsgedanken mächtig erstarken. In erster Linie griff, seinem Berufe gemäß, der Gesetzgeber ein und opferte in nie gekanntem Maße Einzelinteressen, Treu und Glauben, den Gemeinschaftsinteressen. Aber in einem Punkte versäumte er eine Ordnung der neuen Verhältnisse: im Gebiete der sogen. Aufwertung. Hier mußte die Rechtsprechung die Ordnung der Verhältnisse in die Hand nehmen; hier hatte sie nicht nur die Einzelausführung in der Hand, sondern sie mußte sich auch den Rahmen schaffen, und dafür waren allein maßgebend die Verkehrsnotwendigkeiten. Die Rechtsprechung unterzog sich dieser Aufgabe, aber unter der falschen Flagge von Treu und Glauben, was nicht ohne praktische Folgen blieb: bei der Art der richterlichen Stellung, die immer nur den Einzelfall vor Augen hat, und bei dem falschen Ausgangspunkte von Treu und Glauben nahm die isolierende Betrachtungsweise überhand, der Strom von Treu und Glauben trat über seine Ufer; die Gesetzgebung mußte eindämmend die Gemeinschaftsinteressen zur Geltung bringen. Um das Gesagte zusammenzufassen: Treu und Glauben mag genügen für den Tagesgebrauch; aber nie darf vergessen werden, daß es sich letzten Endes um Gemeinschaftsinteressen handelt; der Einzelvorgang muß, auch vom Richter, im ganzen Gefüge des Verkehrs und der Gesellschaft gesehen werden; aus diesem Zusammenhang empfängt er seine oberste Normierung.

Wir können also sagen, daß unsere oben aufgestellte, eben wegen ihrer formalen Natur allgemeingültige Blankettformel heute für uns folgenden, unser ganzes Schuldrecht beherrschenden materiellen Inhalt hat:

1. Das einzelne Schuldverhältnis hat sich in den Rahmen des ganzen Wirtschafts- und überhaupt Volkslebens einzufügen und ihm zu dienen.
2. Die Vertragsparteien sind Vertragsgenossen. Soweit ihre beiderseitigen Interessen bei genossenschaftlicher Betrachtung des Vertragsverhältnisses als gemeinsame zu betrachten sind, haben sie diese in genossenschaftlichem Sinne zu fördern.